



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO
Gabinete do Desembargador Milton José Neves

1.º GRUPO DE CÂMARAS CÍVEIS – MANDADO DE SEGURANÇA N.º 0186326-9

IMPETRANTE: ASSOCIAÇÃO DOS COMERCIANTES DE LANCHES EM AUTOMÓVEIS
MOTORIZADOS NO ESTADO DE PERNAMBUCO

IMPETRADO: EXCELENTÍSSIMO SENHOR PREFEITO DO MUNICÍPIO DE RECIFE

RELATOR: DESEMBARGADOR MILTON JOSÉ NEVES

ACÓRDÃO N.º 010/2010

EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO. COMÉRCIO DE AMBULANTES. DECRETO MUNICIPAL N.º 24.312/2008 EDITADO PELO PREFEITO DE RECIFE. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. MEDIDAS VISANDO A ATENDER O INTERESSE PÚBLICO LOCAL. USO DO PODER DISCRICIONÁRIO E DE POLÍCIA. SÚMULA 473 DO STF. RAZOABILIDADE. DEMONSTRAÇÃO. ILEGALIDADE NÃO CONFIGURADA. SEGURANÇA DENEGADA. PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA *AD CAUSAM* REJEITADA, NOS TERMOS DO JULGAMENTO DO AGRAVO REGIMENTAL INTERPOSTO EM FACE DA DECISÃO PROFERIDA, *IN LIMINE*, NA PRESENTE AÇÃO MANDAMENTAL. PRELIMINAR DE INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO PREJUDICADA. CONFORME CONSIGNADO NO AGRAVO INTERNO, “SUPERADA A PRELIMINAR ANTERIOR, ESVAZIOU-SE O OBJETO ENTRELACADO DESTA, MANTENDO-SE A COMPETÊNCIA DO ÓRGÃO COLEGIADO POR FORÇA DO DISPOSTO NO ARTIGO 24, I, “A”, DO RITJPE”. PRELIMINAR DE INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA POR AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. ACOLHIMENTO. RESTRIÇÃO À MERCANCIA REALIZADA NA ORLA MARÍTIMA DOS BAIRROS DO PINA, BRASÍLIA TEIMOSA E DE BOA VIAGEM. PRETENSÃO DE PERMANÊNCIA LOCAL PÚBLICO. AUSÊNCIA DE ANTERIOR PREVISÃO LEGAL OU DE AUTORIZAÇÃO/PERMISSÃO EXPRESSA A ASSEGURAR A ATIVIDADE COMERCIAL DESENVOLVIDA PELOS REPRESENTADOS DA IMPETRANTE. MERA TOLERÂNCIA DA MUNICIPALIDADE. ATO PRECÁRIO. REVOGAÇÃO POR RAZÕES DE OPORTUNIDADE E CONVENIÊNCIA. MÉRITO ADMINISTRATIVO. DISCRICIONARIEDADE. ARGUIÇÃO DE VIOLAÇÃO A NORMAS CONSTITUCIONAIS E LEGAIS. IMPETRAÇÃO BASEADA EM FUNDAMENTAÇÃO GERAL. NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. DESCABIMENTO EM SEDE DE *W/RIT*. PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA INEXISTENTE. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO. APLICAÇÃO DOS ARTS. 6º, § 5º, 10 E 19 DA LEI N.º 12.016/09 C/C O ART. 267, I, E 295, V, DO ESTATUTO DE RITOS. 1. Leciona Maria Sylvia Zanella Di Pietro: “Pode-se definir a autorização administrativa, em sentido amplo, como ato administrativo unilateral, discricionário e precário pelo qual a Administração faculta ao particular o uso de bem público (autorização de uso), ou a prestação de serviço público (autorização de serviço público), ou o desempenho de atividade material, ou a prática de ato que, sem esse consentimento, seriam legalmente proibidos (autorização como ato de polícia).” Sobre esta última, acrescenta: “Nesse sentido, a autorização abrange todas as hipóteses em que o exercício da atividade ou a prática de ato são vedados por lei ao particular, por razões de interesse público concernentes à segurança, à saúde, à economia ou outros motivos concernentes à tutela do bem comum. Contudo, fica reservada à Administração a faculdade de, com base no poder de polícia do Estado, afastar a proibição em determinados casos concretos, quando entender que o desempenho

da atividade ou a prática do ato não se apresenta nocivo ao interesse da coletividade. Precisamente por estar condicionada à compatibilidade com o interesse público que se tem em vista proteger, a autorização pode ser revogada a qualquer momento, desde que essa compatibilidade deixe de existir." (Direito administrativo, 18.^a edição, p. 219/220). 2. O Superior Tribunal de Justiça é pacífico ao asseverar que: "A ocupação de logradouro público, mediante autorização precária, não confere aos ambulantes direito líquido e certo de exercerem suas atividades nos locais por eles ocupados anteriormente." (RMS 15491/RJ, DJ 08/09/2003); "O Mandado de Segurança pressupõe direito líquido e certo, inexistente nas hipóteses em que a Administração, ao seu nito, pratica ato no exercício de poder de polícia, em prol do interesse público, modificando ato precário, cuja característica é exatamente não perpetuar os seus efeitos originários. No que pertine à localização do comércio ambulante, a hipótese categoriza-se como de permissão precária de uso de bem público, passível de cancelamento pelo interesse público maior, verificado *in casu*." (RMS 14301/RJ, DJ 05/05/2003); "Mesmo que houvesse autorização anterior para que os impetrantes exercessem o comércio ambulante, por ser ato discricionário e precário, pode ser cancelado pela Administração a qualquer tempo. "Na autorização, embora o pretendente satisfaça as exigências administrativas, o Poder Público decide discricionariamente sobre a conveniência ou não do atendimento da pretensão do interessado ou da cessação do ato autorizado, diversamente do que ocorre com a licença e a admissão (...). Não há qualquer direito subjetivo à obtenção ou à continuidade da autorização, daí por que a Administração pode negá-la ao seu talante, como pode cassar o alvará a qualquer momento, sem indenização alguma" (Hely Lopes Meirelles, in *Direito Administrativo Brasileiro*, 26.^a ed., São Paulo, Malheiros, 2001, ps. 179/180)." (RMS 14538/RJ, DJ 26/05/2003). 3. Na via de mandamus é imprescindível, como forma de demonstração da hipotética violação de direito líquido e certo, trazer-se ao processo elementos que, de plano, comprovem a transgressão alegada, ou seja, a denominada prova pré-constituída. 4. "A demonstração da ilegalidade ou abuso do poder do responsável pelo ato discutido em mandado de segurança representa o segundo requisito para a configuração do direito líquido e certo. Desse modo, além da demonstração incontroversa dos fatos, o impetrante deve convencer o julgador de que, sobre estes fatos, incide o direito de proteção decorrente da ilegalidade ou abuso de poder, que são os chamados fundamentos jurídicos relevantes, que possibilitam, inclusive, a antecipação da tutela mandamental [...] Ora, demonstrar que o direito recai sobre aquele fato narrado, em mandado de segurança, é comprovar que houve a prática de ato ilegal ou abusivo, que corresponde exatamente à área de proteção dessa ação de feito constitucional." (Mantovanni Colares Cavalcanti, in *Mandado de Segurança*, Editora Dialética, 1.^a Edição).

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, em que figuram as partes acima relacionadas, acordam os Excelentíssimos Senhores Desembargadores do **Primeiro Grupo de Câmaras Cíveis** do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco, na forma do relatório e votos constantes das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, em não conhecer da preliminar de ilegitimidade, face à preclusão; por unanimidade, em declarar prejudicada a preliminar de incompetência estadual; e, por maioria de votos, extinguir o feito por inadequação da via eleita em razão de ausência de prova a justificar a liquidez e certeza do direito.

Recife, 25 de janeiro de 2010.


Des. Milton José Neves
Relator



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE PERNAMBUCO
Gabinete do Desembargador Milton José Neves

1.º GRUPO DE CÂMARAS CÍVEIS – MANDADO DE SEGURANÇA N.º 0186326-9

IMPETRANTE: ASSOCIAÇÃO DOS COMERCIANTES DE LANCHES EM AUTOMÓVEIS
MOTORIZADOS NO ESTADO DE PERNAMBUCO

IMPETRADO: EXCELENTÍSSIMO SENHOR PREFEITO DO MUNICÍPIO DE RECIFE

RELATOR: DESEMBARGADOR MILTON JOSÉ NEVES

RELATÓRIO

Cuida-se de mandado de segurança impetrado pela ASSOCIAÇÃO DOS COMERCIANTES DE LANCHES EM AUTOMÓVEIS MOTORIZADOS NO ESTADO DE PERNAMBUCO contra ato do prefeito do Recife, consubstanciado no decreto municipal n.º 24.312/2008, o qual, segundo a impetrante, revela-se inconstitucional e ilegal, por proibir de forma absoluta a mercancia realizada pelos seus representados na orla do Pina, Brasília Teimosa e de Boa Viagem.

Busca a impetrante, assim, ver anulado aludido ato administrativo, a fim de possibilitar o retorno de tais comerciantes aos locais reportados.

A liminar fora deferida às fls. 151/152 e cassada quando do julgamento do agravo regimental (fl. 31 deste).

Nas informações prestadas às fls. 1131/1158, a autoridade coatora suscita, preliminarmente, sua ilegitimidade passiva *ad causam* e, via de consequência, a incompetência deste tribunal, bem como a ausência de direito líquido e certo a amparar o pleito mandamental. No mérito, após distinguir os quatro grupos de mercadores atuantes na orla marítima (circulantes, fixos de bebidas, quiosques e os **fixos em geral**), defende o ato impugnado por divisá-lo razoável, na medida em que a proibição se dirige apenas a um tipo de ambulantes (os últimos). Esclarece que a atividade comercial por estes desenvolvida vem trazendo malefícios a várias vertentes da sociedade, como turismo, trânsito, meio ambiente, comércio formal etc.

Acrescenta haver respeitado a isonomia, porquanto tratou cada categoria de comerciantes dentro de suas desigualdades e "*se, de fato, alguns empregos*



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE PERNAMBUCO
Gabinete do Desembargador Milton José Neves

forem extintos, outros serão criados no comércio formal [...]".

Parecer da Procuradoria Geral de Justiça no sentido de descaber a reapreciação das preliminares, porque estas já foram decididas no julgamento do agravo interno, operando-se a preclusão lógica. Em sede meritória, opina pela denegação da segurança. (fls. 1666/1673)

É o relatório. Inclua-se em pauta.

Recife, 10 de novembro de 2009.


Desembargador Milton José Neves
Relator



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE PERNAMBUCO
Gabinete do Desembargador Milton José Neves

PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA DO PREFEITO

Ementa: Constitucional. Administrativo. Processual Civil. Mandado de segurança coletivo. Comércio de ambulantes. Decreto municipal n.º 24.312/2008 editado pelo prefeito de Recife. Preliminar de ilegitimidade passiva *ad causam* rejeitada, nos termos do julgamento do agravo regimental interposto em face da decisão proferida, *in limine*, na presente ação mandamental.

Assevera o impetrado que, no presente caso, a DIRCON – Diretoria de Controle Urbano do Recife - seria a responsável pelas condutas supostamente arbitrárias e violadoras dos direitos dos representados da associação impetrante. Logo, o diretor do aludido órgão, e não o prefeito, deveria ser apontado como autoridade coatora.

A prefacial em tela restou desacolhida por este Colegiado quando do julgamento do agravo regimental, nesses termos:

[...] a impetração não se dirige contra lei em tese, pois o ato apontado como coator - o Decreto municipal n.º 24.312/08 -, ao vedar, nos locais nele indicados, o comércio exercido por alguns dos associados da impetrante, tem efeito concreto suficiente para autorizar o manejo da via estreita da ação mandamental.

Oportuno aqui trazer à colação trecho do voto da Ministra Cármen Lúcia no julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, do Mandado de Segurança n.º 25938/DF, decisão publicada no DJ de 12.9.2008, verbis:

De se distinguir, portanto, a impossibilidade de se fazer uso da via do mandado de segurança para questionar 'lei em tese' (súmula 266 do Supremo Tribunal Federal) de outra circunstância, que é a que se refere à necessidade de se questionar os efeitos de uma norma proibitiva.

A inação de uma autoridade administrativa ou judicial pode ser determinada por norma que a proíba de agir ou que determina que ela aja no sentido de impedir, de vedar, de impossibilitar ou de desfazer o quanto antes praticado. Não haverá, então, um fazer determinado pela norma. É o não fazer, o não agir



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE PERNAMBUCO
Gabinete do Desembargador Milton José Neves

ou o agir segundo padrão que imponha o cumprimento do que a proibição estabelece que é o objeto do questionamento.

A proibição, nesse caso, põe-se por força da norma e é ela que se combate, não, porém, em tese, mas nos efeitos que a sua aplicação impõe à pessoa determinada.

Ainda sobre o tema, na lição de Hely Lopes Meirelles (Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, Habeas Data, Ação Direta de Inconstitucionalidade, Ação Declaratória de Constitucionalidade e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, Malheiros, 23.ª edição, p. 39):

Por leis e decretos de efeitos concretos entendem-se aqueles que trazem em si mesmos o resultado específico pretendido, tais como as leis que aprovam planos de urbanização, as que fixam limites territoriais, as que criam municípios ou desmembram distritos, as que concedem isenções fiscais, as que proíbem atividades ou condutas individuais; os decretos que desapropriam bens, os que fixam tarifas, os que fazem nomeações e outros dessa espécie. Tais leis ou decretos nada têm de normativos; são atos de efeitos concretos, revestindo a forma imprópria de lei ou decreto por exigências administrativas. Não contêm mandamentos genéricos, nem apresentam qualquer regra abstrata de conduta; atuam concreta e imediatamente como qualquer ato administrativo de efeitos individuais e específicos, razão pela qual se expõem ao ataque pelo mandado de segurança. - grifei

Leciona, finalmente, que:

Considera-se autoridade coatora a pessoa que ordena ou omite a prática do ato impugnado, e não o superior que o recomenda ou baixa normas para sua execução. Não há confundir; entretanto, o simples executor material do ato com a autoridade por ele responsável. Coator é a autoridade superior que pratica ou ordena concreta e especificamente a execução ou inexecução do ato impugnado e responde pelas suas consequências administrativas; executor é o agente subordinado que cumpre a ordem por dever hierárquico, sem se responsabilizar por ela. (op. cit., 19.ª edição, p. 54).



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE PERNAMBUCO
Gabinete do Desembargador Milton José Neves

Correta, assim, a impetração contra o Prefeito do município agravante, porquanto foi quem expediu o decreto impugnado (juntamente com os secretários nele indicados, os quais, inclusive, já foram chamados para compor a lide) e tem competência para suspender os seus efeitos ou corrigir a suposta ilegalidade. Mormente quando há notícia, na minuta do agravo, de que essa mesma autoridade flexibilizou a aplicação das normas trazidas no decreto, como adiante se verá na discussão do mérito deste regimental.

Nesse diapasão:

Ementa: PROCESSUAL CIVIL. RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. AUTORIDADE COATORA. LEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM. I – A autoridade que deve figurar como coatora na impetração é aquela que praticou a ação ou omissão lesiva ao direito do impetrante, bem como detém poderes para corrigir a ilegalidade. Precedentes. II – Decreto editado pelo Prefeito Municipal que, regulamentando lei municipal que reorganiza a estrutura da Secretaria de Educação, deixou de estender vantagens decorrentes da reestruturação, aos inativos. Precedentes. Recurso provido. (STJ, RMS 12482/RJ, Relator Min. Felix Fischer, DJ 17/03/2003)

Ementa: PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. LEGITIMIDADE PASSIVA. GOVERNADOR DO ESTADO DE ALAGOAS. AUTORIDADE COATORA. DECRETO 38.127/99. ATO DE EFEITOS CONCRETOS. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E IMPROVIDO. 1. A autoridade coatora, para fins de mandado de segurança, é aquela que ordena a prática do ato impugnado ou se abstém de realizá-lo. 2. O teto remuneratório dos servidores públicos do Estado de Alagoas foi fixado por meio do Decreto 38.127/99, ato de efeito concreto, porquanto implicou a redução dos proventos da impetrante. 3. A legitimidade para figurar no pólo passivo do mandado de segurança é do Governador do Estado de Alagoas, pois foi a autoridade responsável pela edição de referido decreto e possui poderes para suspender seus efeitos. 4. Recurso especial conhecido e improvido. (STJ, REsp 437457/AL, Relator Min. Arnaldo Esteves Lima, DJ 25/09/2006)

Destarte, preserva-se a competência deste órgão julgador, por ser adequada a via eleita para atacar ato do Prefeito do Recife, ante a real frustração dos interesses dos representados da agravada decorrente da publicação do decreto,



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE PERNAMBUCO
Gabinete do Desembargador Milton José Neves

com efeitos concretos, expedido pela autoridade reportada. (fls. 61/64 do apenso)

À unanimidade, rejeitada a preliminar de ilegitimidade do Sr. Prefeito da cidade do Recife e, por sugestão do Des. Fernando Ferreira, excluído da decisão agravada o comando de fazer integrar a lide os secretários. (fl. 31 do apenso)

Entendo por manter, nesses mesmos termos, o que fora anteriormente decidido em sede de agravo regimental, e, considerando ser a matéria de ordem pública revisitável, rejeito mais uma vez a arguição de ilegitimidade passiva.

É como voto.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO
DIVISÃO DE TAQUIGRAFIA

1ª PRELIMINAR de ilegitimidade passiva do Prefeito

DESEMBARGADOR FERNANDO FERREIRA

Desembargador Relator, permita-me uma ponderação. Nada obstante, efetivamente, matéria de ordem pública, mas não há falar em que não haja a preclusão se o Tribunal já decidiu sobre ela.

Então, se nós rejeitarmos, em tese poderemos acolher, e, aí, em sentido diametralmente oposto ao que a Corte já decidiu no mesmo caso concreto, em sede de Agravo do Regimento.

Portanto, a minha proposta é que obedeçamos a preclusão, em razão da coisa julgada, por não ter havido recurso contra essa decisão da Corte, que em sede de Regimental não acolheu a ilegitimidade passiva *ad causam* de Sua Excelência, o Prefeito, já para responder pela liminar. Se já foi julgado, penso eu que a Corte não tem mais por que apreciar para fins de rejeitar ou acolher.

DESEMBARGADOR MILTON NEVES (RELATOR)

Vossa Excelência colocou melhor, enquadrou esse aspecto. Coincide mais ou menos com meu ponto de vista a respeito.

Eu acompanho o voto de Vossa Excelência.

DESEMBARGADOR JOVALDO NUNES (PRESIDENTE)

Então, essa matéria está prejudicada porque já foi apreciada.

Com relação a essa preliminar de ilegitimidade passiva, o eminente Relator não conhece porque é matéria já julgada e prejudicada.

OS EXMOS. SRS. DESEMBARGADORES EDUARDO SERTÓRIO, ANTÔNIO CARLOS ALVES, ANTENOR CARDOSO, LUIZ CARLOS FIGUEIRÊDO, FERNANDO CERQUEIRA, JOÃO BOSCO GOUVEIA, SÍLVIO BELTRÃO, LEOPOLDO RAPOSO E FERNANDO FERREIRA VOTARAM DE ACORDO COM O RELATOR.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO
DIVISÃO DE TAQUIGRAFIA

DECISÃO

**"A UNANIMIDADE, NÃO SE CONHECEU DA PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE,
FACE À PRECLUSÃO".**



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE PERNAMBUCO
Gabinete do Desembargador Milton José Neves

PRELIMINAR DE INCOMPETÊNCIA DO TRIBUNAL

Ementa: Preliminar de incompetência absoluta do Tribunal de Justiça de Pernambuco prejudicada. Conforme consignado no agravo interno, *"superada a preliminar anterior, esvaziou-se o objeto entrelaçado desta, mantendo-se a competência do órgão colegiado por força do disposto no artigo 24, I, "a", do RITJPE"*.

Levanta o impetrado a preliminar de incompetência absoluta deste Tribunal, desde que acatada a preliminar anterior de ilegitimidade passiva, com a consequente exclusão do Prefeito do Recife da lide e citação do Diretor da DIRCON, a que remetidos os autos ao Juízo de primeira instância.

Conforme consignado no julgamento do agravo interno:

Superada a preliminar anterior; esvaziou-se o objeto entrelaçado desta, mantendo-se a competência deste órgão colegiado por força do disposto no artigo 24, I, 'a', do RITJPE. (fl. 68 do apenso)

À unanimidade, declarou-se prejudicada a preliminar de incompetência absoluta do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco, em razão da decisão tomada na preliminar anterior: (fl. 31 do apenso)

É de se confirmar o exposto, declarando-se prejudicada a preliminar de incompetência deste Juízo colegiado.

Voto nesse sentido.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO
DIVISÃO DE TAQUIGRAFIA

2ª PRELIMINAR de incompetência do Tribunal

DESEMBARGADOR JOVALDO NUNES (PRESIDENTE)

Estão todos de acordo?

OS EXMOS. SRS. DESEMBARGADORES EDUARDO SERTÓRIO, ANTÔNIO CARLOS ALVES, ANTENOR CARDOSO, LUIZ CARLOS FIGUEIRÊDO, FERNANDO CERQUEIRA, JOÃO BOSCO GOUVEIA, SÍLVIO BELTRÃO, LEOPOLDO RAPOSO E FERNANDO FERREIRA VOTARAM DE ACORDO COM O RELATOR.

DECISÃO

"À UNANIMIDADE, DECLAROU-SE PREJUDICADA A PRELIMINAR DE INCOMPETÊNCIA ESTADUAL".



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE PERNAMBUCO
Gabinete do Desembargador Milton José Neves

**PRELIMINAR DE INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA
POR AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO**

Preliminar de inadequação da via eleita por ausência de direito líquido e certo. Acolhimento. Restrição à mercancia realizada na orla marítima dos bairros do Pina, Brasília Teimosa e de Boa Viagem. Pretensão de permanência. Local público. Ausência de anterior previsão legal ou de autorização/permissão expressa a assegurar a atividade comercial desenvolvida pelos representados da impetrante. Mera tolerância da municipalidade. Ato precário. Revogação por razões de oportunidade e conveniência. Mérito administrativo. Discricionariedade. Arguição de violação a normas constitucionais e legais. Impetração baseada em fundamentação geral. Necessidade de dilação probatória. Descabimento em sede de writ. Prova pré-constituída inexistente. Inadequação da via eleita. Extinção do processo sem resolução de mérito. Aplicação dos arts. 6º, § 5º, 10 e 19 da Lei n.º 12.016/09 c/c o art. 267, I, e 295, V, do Estatuto de Ritos. 1. Leciona Maria Sylvia Zanella Di Pietro: *"Pode-se definir a autorização administrativa, em sentido amplo, como ato administrativo unilateral, discricionário e precário pelo qual a Administração faculta ao particular o uso de bem público (autorização de uso), ou a prestação de serviço público (autorização de serviço público), ou o desempenho de atividade material, ou a prática de ato que, sem esse consentimento, seriam legalmente proibidos (autorização como ato de polícia)." Sobre esta última, acrescenta: "Nesse sentido, a autorização abrange todas as hipóteses em que o exercício da atividade ou a prática de ato são vedados por lei ao particular, por razões de interesse público concernentes à segurança, à saúde, à economia ou outros motivos concernentes à tutela do bem comum. Contudo, fica reservada à Administração a faculdade de, com base no poder de polícia do Estado, afastar a proibição em determinados casos concretos, quando entender que o desempenho da atividade ou a prática do ato não se apresenta nocivo ao interesse da coletividade. Precisamente por estar condicionada à compatibilidade com o interesse público que se tem em vista proteger, a autorização pode ser revogada a qualquer momento, desde que essa compatibilidade deixe de existir."* (Direito administrativo, 18.ª edição, p. 219/220). 2. O Superior Tribunal de Justiça é pacífico ao asseverar que: *"A ocupação de logradouro público, mediante autorização precária, não confere aos ambulantes direito líquido e certo de exercerem suas atividades nos locais*



124

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE PERNAMBUCO
Gabinete do Desembargador Milton José Neves

*por eles ocupados anteriormente.” (RMS 15491/RJ, DJ 08/09/2003); “O Mandado de Segurança pressupõe direito líquido e certo, inexistente nas hipóteses em que a Administração, ao seu nuto, pratica ato no exercício de poder de polícia, em prol do interesse público, modificando ato precário, cuja característica é exatamente não perpetuar os seus efeitos originários. No que pertine à localização do comércio ambulante, a hipótese categoriza-se como de permissão precária de uso de bem público, passível de cancelamento pelo interesse público maior; verificado *in casu*.” (RMS 14301/RJ, DJ 05/05/2003); “Mesmo que houvesse autorização anterior para que os impetrantes exercessem o comércio ambulante, por ser ato discricionário e precário, pode ser cancelado pela Administração a qualquer tempo. “Na autorização, embora o pretendente satisfaça as exigências administrativas, o Poder Público decide discricionariamente sobre a conveniência ou não do atendimento da pretensão do interessado ou da cessação do ato autorizado, diversamente do que ocorre com a licença e a admissão (...). Não há qualquer direito subjetivo à obtenção ou à continuidade da autorização, daí por que a Administração pode negá-la ao seu talante, como pode cassar o alvará a qualquer momento, sem indenização alguma” (Hely Lopes Meirelles, *in Direito Administrativo Brasileiro*, 26.ª ed., São Paulo, Malheiros, 2001, ps. 179/180).” (RMS 14538/RJ, DJ 26/05/2003). 3. Na via de *mandamus* é imprescindível, como forma de demonstração da hipotética violação de direito líquido e certo, trazer-se ao processo elementos que, de plano, comprovem a transgressão alegada, ou seja, a denominada prova pré-constituída. 4. “A demonstração da ilegalidade ou abuso do poder do responsável pelo ato discutido em mandado de segurança representa o segundo requisito para a configuração do direito líquido e certo. Desse modo, além da demonstração incontroversa dos fatos, o impetrante deve convencer o julgador de que, sobre estes fatos, incide o direito de proteção decorrente da ilegalidade ou abuso de poder, que são os chamados fundamentos jurídicos relevantes, que possibilitam, inclusive, a antecipação da tutela mandamental [...] Ora, demonstrar que o direito recai sobre aquele fato narrado, em mandado de segurança, é comprovar que houve a prática de ato ilegal ou abusivo, que corresponde exatamente à área de proteção dessa ação de feição constitucional.” (Mantovanni Colares Cavalcanti, *in Mandado de Segurança*, Editora Dialética, 1.ª Edição)*

Pleiteia o impetrado a extinção do *writ* sem resolução de mérito, ao apregoar inexistir prova pré-constituída do direito alegado, que se supõe líquido e certo.



125

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE PERNAMBUCO
Gabinete do Desembargador Milton José Neves

Sustenta que *"apenas se poderia cogitar de direito líquido e certo caso os representados pela associação impetrante detivessem autorização para comercializar na referida área"*. (fl. 1148)

Acrescenta que *"tanto na orla como noutros sítios, não se pode comercializar sem autorização. E inexistente autorização para comercializar sem consentimento municipal em contrariedade ao ordenamento em vigor"*. (fl. 1151)

Registro em primeiro lugar que, diferentemente do aduzido pelo Ministério Público, não houve preclusão da matéria retratada na preliminar em epígrafe, pois, sendo de ordem pública, pode ser reexaminada a qualquer tempo e grau de jurisdição.

Esclareço isso porque, superada a fase de apreciação *in limine* e perfunctória, sendo exigida neste momento processual uma análise mais aprofundada da presente demanda, inclusive à luz de precedentes dos Tribunais Superiores, não vejo como afastar a preliminar ora ventilada, pelos motivos que passo a explanar.

Tornou-se incontroversa a existência de anterior "autorização" dada aos representados da impetrante para exercerem o comércio nos locais hoje vedados pelo ato impugnado, pois a própria municipalidade reconhece que citada mercancia era permitida (tacitamente) na orla marítima; mas, depois de um estudo sobre o impacto social e ambiental desta atividade, veio, por meio do decreto atacado, coibir aquela desenvolvida pelos denominados vendedores fixos em geral, por reputá-la geradora de prejuízos aos interesses da coletividade.

Assim, partindo da evidência de que referida mercancia, outrora, era apenas "tolerada" pelo Poder Público (por inexistir em favor dos representados da impetrante ato de autorização/permissão que se respalde em lei anterior, que só veio a lume com o decreto, ou ato que estivesse formalizado mediante alvará da prefeitura), teria a associação demonstrado, de plano, o suposto direito líquido e certo de seus associados continuarem comercializando na orla marítima dos bairros do Pina, Brasília Teimosa e de Boa Viagem?

O Superior Tribunal de Justiça é pacífico ao asseverar que:





126

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE PERNAMBUCO
Gabinete do Desembargador Milton José Neves

A ocupação de logradouro público, mediante autorização precária, não confere aos ambulantes direito líquido e certo de exercerem suas atividades nos locais por eles ocupados anteriormente. (RMS 15491/RJ, DJ 08/09/2003)

O Mandado de Segurança pressupõe direito líquido e certo, inexistente nas hipóteses em que a Administração, ao seu nuto, pratica ato no exercício de poder de polícia, em prol do interesse público, modificando ato precário, cuja característica é exatamente não perpetuar os seus efeitos originários. No que pertine à localização do comércio ambulante, a hipótese categoriza-se como de permissão precária de uso de bem público, passível de cancelamento pelo interesse público maior, verificado in casu. (RMS 14301/RJ, DJ 05/05/2003)

Mesmo que houvesse autorização anterior para que os impetrantes exercessem o comércio ambulante, por ser ato discricionário e precário, pode ser cancelado pela Administração a qualquer tempo. "Na autorização, embora o pretendente satisfaça as exigências administrativas, o Poder Público decide discricionariamente sobre a conveniência ou não do atendimento da pretensão do interessado ou da cessação do ato autorizado, diversamente do que ocorre com a licença e a admissão (...). Não há qualquer direito subjetivo à obtenção ou à continuidade da autorização, daí por que a Administração pode negá-la ao seu talante, como pode cassar o alvará a qualquer momento, sem indenização alguma" (Hely Lopes Meirelles, in Direito Administrativo Brasileiro, 26.ª ed., São Paulo, Malheiros, 2001, ps. 179/180). (RMS 14538/RJ, DJ 26/05/2003)

Pertinente ainda as considerações tecidas pelo Procurador de Justiça Luiz Sérgio Wigderowitz, que integraram o voto proferido pelo relator no julgamento do RMS 13806/RJ, DJ 28/10/2003, verbis:

A eventual tolerância da fiscalização, ou mesmo a outorga de licença para a prática de venda ambulante em determinado local público, terá sempre caráter precário e provisório, não podendo gerar direito, muito menos direito líquido e certo, de os beneficiados perpetuarem essa situação, como titulares de um "ponto" de comércio em plena via pública, que integra o rol de bens inapropriáveis. Ao Prefeito e a sua equipe de governo cabe o direito e ao mesmo tempo a obrigação de exercer a orientação e fiscalização da ocupação do espaço urbano, não se podendo impedir que o façam através dos atos



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE PERNAMBUCO
Gabinete do Desembargador Milton José Neves

normativos próprios e das ações necessárias à efetiva implantação dessas normas.

[...]

As vias públicas, como é de trivial conhecimento, integram o rol das coisas fora do comércio, não podendo ser objeto de transação ou apropriação por quem quer que seja, não importa a que título ou pretexto.

[...]

Toda e qualquer autorização ou permissão nesse sentido terá, sempre, inafastável caráter precário e provisório, valendo apenas como ato de disciplina de uso.

Aponto ainda a lição de Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

Pode-se definir a autorização administrativa, em sentido amplo, como ato administrativo unilateral, discricionário e precário pelo qual a Administração faculta ao particular o uso de bem público (autorização de uso), ou a prestação de serviço público (autorização de serviço público), ou o desempenho de atividade material, ou a prática de ato que, sem esse consentimento, seriam legalmente proibidos (autorização como ato de polícia).

Sobre essa última, acrescenta:

Nesse sentido, a autorização abrange todas as hipóteses em que o exercício da atividade ou a prática de ato são vedados por lei ao particular, por razões de interesse público concernentes à segurança, à saúde, à economia ou outros motivos concernentes à tutela do bem comum. Contudo, fica reservada à Administração a faculdade de, com base no poder de polícia do Estado, afastar a proibição em determinados casos concretos, quando entender que o desempenho da atividade ou a prática do ato não se apresenta nocivo ao interesse da coletividade. Precisamente por estar condicionada à compatibilidade com o interesse público que se tem em vista proteger, a autorização pode ser revogada a qualquer momento, desde que essa compatibilidade deixe de existir. (Direito administrativo, 18.^a edição, p. 219/220)



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE PERNAMBUCO
Gabinete do Desembargador Milton José Neves

O exercício dessa parcela do poder de polícia do administrador público sobressai nas informações prestadas pelo impetrado, que editou o decreto guerreado visando à manutenção da ordem urbana, *verbis*:

[...] o decreto foi editado com o firme propósito de atender ao interesse público, de modo a propiciar uma maior qualidade de vida ao cidadão recifense e aos turistas que ali transitam.

As medidas elencadas são permeadas pelo escopo de se garantir a higidez física e a comodidade dos banhistas e transeuntes (ex: proibição de vasilhames em vidro, vedação à poluição sonora); a estética das atividades exercidas na orla (ex: proibição de cartazes e de utilização de lonas e papelão); medidas tendentes a diminuir a poluição da faixa de areia (ex: proibição de fogareiros, vedação de distribuição de panfletos); preservação do fluxo de veículos nas avenidas contíguas à orla (ex: proibição de estacionamento de veículos com fim comercial), entre outras diretrizes de interesse coletivo.

[...]

A municipalidade, ao examinar com atenção as distintas peculiaridades das atividades exercidas pelos quatro diferentes grupos (circulantes, fixos, fixos de bebidas, quiosques), optou por tomar medidas tendentes a regularizar o comércio de produtos na referida orla.

No que atine aos circulantes, como já ventilado, a municipalidade efetuou amplo cadastramento e deu andamento a um processo de treinamento e capacitação dos comerciantes desta categoria. A mobilidade requerida pelas atividades de tais particulares faz com que seus produtos, em regra, sejam preparados fora da orla e apenas comercializados nesta, o que dispensa a utilização de combustível, evita a produção de fumaça, cinzas e outros dejetos. Tudo isto aliado à referida capacitação, faz com que o comércio circulante seja de baixo potencial poluidor, de modo que a municipalidade tem consentido, de forma razoável e proporcional, com o seu exercício na mencionada orla.

Paralelamente, a municipalidade tem efetuado cadastramento e treinamento dos vendedores fixos de bebidas desde que não utilizem vasilhames de vidro e não



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE PERNAMBUCO
Gabinete do Desembargador Milton José Neves

manipulem alimentos. Também aqui, o lixo produzido (majoritariamente latas de alumínio e copos descartáveis), se adequadamente coletado, não gera impactos nocivos ao ambiente costeiro. Não há, em tais atividades, fumaça, cinzas, restos de alimentos, não se afeta o trânsito nem o fluxo de pedestres e ciclistas na calçada e ciclovia. Bem por isso, tem a edilidade consentido com tais uso e atividades.

Quanto aos quiosques, como antedito, tem o regramento vertido no multicitado decreto e sua atividade tem sido autorizada pela municipalidade.

De fato, a municipalidade não tem consentido com o comércio fixo (não-circulante) na orla marítima e suas adjacências. Há estabelecimentos no calçadão e na faixa de areia que, em verdade, assemelham-se a pequenos bares e restaurantes [...], não obstante a afronta à legislação municipal e os diversos efeitos nocivos que acarretam.

[...] a elaboração de espetinhos libera uma grande quantidade de fumaça, decorrente da gordura dos alimentos, prejudicando diversos moradores e transeuntes. Esse efeito gravoso é verificado tanto no calçadão quanto na faixa de areia.

De outra banda, o comércio de espetinhos pressupõe a utilização de uma churrasqueira ou assemelhado, instrumento vedado pelo multicitado decreto. Para funcionar, uma churrasqueira utiliza, em regra, carvão, o que resulta, diariamente, em acúmulo de cinzas e restos de carvão, com a negra cor que lhe é peculiar. Tais impurezas vão gradativamente comprometendo a clareza da faixa de areia da orla recifense.

Assim, coibir-se a comercialização de espetinhos contribui com a qualidade da areia das praias locais, com reflexos positivos, inclusive, para o turismo.

A utilização de outros combustíveis também possui os inconvenientes que lhes são próprios, como o perigo que é inerente à utilização de botijões de gás natural.

Outro aspecto a ser considerado é o impacto das atividades exercidas no calçadão sobre o trânsito. Com a reordenação da orla, foram reduzidas,



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE PERNAMBUCO
Gabinete do Desembargador Milton José Neves

significativamente, as vagas de estacionamento, em razão do posicionamento de postes de iluminação pública, de parte da ciclovia, entre outros.

Bem assim, as vagas que restam devem ser destinados aos veículos da população, e não ao comércio. Ocorre que os comerciantes fixos comumente se instalam em uma vaga de estacionamento, ocupando algumas outras com a fixação de bancos e equipamentos diversos. Tumultuam o trânsito, por atraírem clientes em fila dupla. Como se não bastasse, a aglomeração de pessoas causa distúrbios na ciclovia, prejudicando o fluxo de pessoas no calçadão e gera retenções na avenida contígua. Por fim, a presença de comerciantes fixos e seus clientes nas vagas de estacionamento coloca em risco a segurança de todos eles, mais uma razão para a postura adotada pela municipalidade.

Por último, vale pôr em destaque um dos principais efeitos nocivos dos comerciantes fixos: o elevado potencial de produção de lixo. Afinal, os comerciantes fixos de alimentos são caracterizados pela preparação e acondicionamento de seus produtos (espetinhos, hot dogs, crepes), e há, em regra, expressivo volume de restos de alimentos [...]

Depreende-se, portanto, que a mera tolerância e até mesmo a autorização, como ato administrativo formal, são conferidas a título precário, podendo ser revogadas *ad nutum*, quando o interesse público assim o exigir.

E mais. Na via de *mandamus* é imprescindível, como forma de demonstração da hipotética violação a direito líquido e certo, trazer-se ao processo elementos que, de plano, comprovem a transgressão alegada, ou seja, a denominada prova pré-constituída. Na espécie, não vislumbro conjunto probante concreto a evidenciar violação a direito dos representados da associação impetrante.

Explico.

Para defender o direito dos seus associados, aduz a impetrante que a proibição contida no decreto vergastado é ilegal por afrontar:

- o livre exercício do trabalho e da concorrência;
- o princípio da isonomia;



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE PERNAMBUCO
Gabinete do Desembargador Milton José Neves

- a razoabilidade e proporcionalidade, ao passo que *"lança mão do meio mais restritivo e gravoso possível para a consecução de sua finalidade, suprimindo, repise-se, o núcleo essencial do direito ao exercício da atividade, desrespeitando o princípio da proibição do excesso na restrição de direitos fundamentais, o que é de suma importância no presente caso"*, e, portanto, não resguarda o direito consagrado no inciso XIII do art. 5.º da Constituição Federal de 1988;

- a legislação municipal, visto que *"restringe o desenvolvimento produtivo, acarretando, em verdade, o desemprego, fato que, indubitavelmente, agrava o sério problema brasileiro da distribuição de renda"*;

Ressalta ainda que a edição do decreto combatido carece de prévio estudo detalhado do impacto social e ambiental das restrições impostas.

Ora, há de se convir que tais questões foram levantadas de forma bem genérica, ou seja, sem combater especificamente as normas do decreto que se revelariam ilegais. E, ainda que relevemos tal fato, a constatação do alegado pela impetrante dependeria de certa dilação probatória, incabível em sede mandamental. É que inexistem, nos fólios, elementos contundentes a demonstrarem, efetivamente, os fatores negativos ou positivos oriundos da atividade comercial desenvolvida pelos referidos comerciantes. Isso seria fundamental tanto para o exame da ilegalidade apontada, quanto para a análise do direito apregoado, sob pena de esbarrarmos no aspecto da oportunidade e conveniência, formadoras do mérito administrativo, no qual não cabe ao Poder Judiciário intervir.

Nesse particular, vale frisar a jurisprudência da Colenda Corte Superior de Justiça:

Ementa: PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. COMÉRCIO AMBULANTE. DESOCUPAÇÃO DO CENTRO DO MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO. DIREITO LÍQUIDO E CERTO. AUSÊNCIA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA. AUTORIZAÇÃO PRECÁRIA. PRECEDENTES. 1. *Não havendo nos autos elementos probatórios hábeis para demonstrar a suposta lesão a alegado direito líquido e certo, mostra-se inviável o cabimento da ação mandamental,*



182

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE PERNAMBUCO
Gabinete do Desembargador Milton José Neves

que, em face da especificidade de seu rito, inadmite dilação probatória. 2. A ocupação de logradouro público mediante autorização precária não confere aos ambulantes direito líquido e certo de exercerem suas atividades nos locais por eles ocupados anteriormente. 3. Recurso ordinário não-provido. (RMS 14335/RJ, DJ 07/11/2005) - grifei

Colaciono também doutrina atinente ao tema ora debatido:

A demonstração da ilegalidade ou abuso do poder do responsável pelo ato discutido em mandado de segurança representa o segundo requisito para a configuração do direito líquido e certo.

Desse modo, além da demonstração incontroversa dos fatos, o impetrante deve convencer o julgador de que, sobre estes fatos, incide o direito de proteção decorrente da ilegalidade ou abuso de poder, que são os chamados fundamentos jurídicos relevantes, que possibilitam, inclusive, a antecipação da tutela mandamental [...] Ora, demonstrar que o direito recai sobre aquele fato narrado, em mandado de segurança, é comprovar que houve a prática de ato ilegal ou abusivo, que corresponde exatamente à área de proteção dessa ação de feitio constitucional. (Mantovanni Colares Cavalcanti, in Mandado de Segurança, Editora Dialética, 1.ª Edição)

A par do exposto, forçoso concluir pela inadequação da via eleita, já que as razões deduzidas na petição inicial reclamam vasto conjunto probatório, que somente poderia ser obtido mediante dilação, a exemplo de oitiva de testemunhas (para saber se está havendo tratamento desigual entre ambulantes em mesma situação), perícia técnica para averiguar os impactos resultantes das atividades de comércio no local, inspeção judicial etc.

Finalmente, gostaria de frisar, em nome da relevância social que o caso evidencia, que o acolhimento da vertente preliminar não traria, de certa forma, maior prejuízo à impetrante, pois permitiria a esta, nas vias ordinárias, discutir, com a necessária amplitude e dispondo de adequados meios processuais, as questões que ora são levantadas, vez que, da forma como deduzidas neste writ (sem querer antecipar-me a juízo algum), poderiam não reunir condições de prosperarem no plano meritório. Em sede de preliminar de inadequação da via eleita, portanto, forçoso concluir que não restou demonstrado direito líquido e



183

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE PERNAMBUCO
Gabinete do Desembargador Milton José Neves

certo dos associados da impetrante que autorize a imediata utilização do remédio heroico.

Também não é demais registrar que a inquietação social antes registrada pelo fato de os representados da impetrante, com o cumprimento do decreto guerreado, terem ficado inteiramente desempregados e suas famílias desamparadas, hoje parece não vingar, pois, observando-se atentamente suas normas, em especial o art. 7.º, seus incisos e parágrafos, verifica-se que não foram todos os ambulantes os impedidos de comercializarem na orla marítima, mas apenas os nomeados fixos em geral (a exemplo dos vendedores de espetinhos, crepes e hotdogs), sendo que essa parcela de comerciantes, como é público e notório, atualmente vem exercendo suas atividades em outros locais do Recife, com o consentimento da edilidade; já os demais continuam no mesmo espaço que ora se controverte, com o diferencial de apenas terem suas atividades reguladas e fiscalizadas.

Em face de todo o exposto, acolho a preliminar de inadequação da via eleita, por ausência de demonstração de direito líquido e certo, extinguindo o processo sem resolução de mérito, com fulcro nos arts. 6º, § 5º, 10 e 19 da Lei n.º 12.016/09 c/c o art. 267, V, e 295, V, do Estatuto de Ritos.

É como voto.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO
DIVISÃO DE TAQUIGRAFIA

3ª PRELIMINAR de inadequação da via eleita por ausência de direito líquido e certo

DESEMBARGADOR JOVALDO NUNES

O eminente Relator acolhe a preliminar de inadequação da via eleita por ausência de direito líquido e certo, e, em consequência, extingue o processo sem julgamento de mérito.

Está em discussão.

DESEMBARGADOR FERNANDO FERREIRA

Eu faço uma pergunta ao eminente Relator, enquanto o Desembargador Leopoldo compulsa os autos: o voto de Vossa Excelência é pelo indeferimento da inicial?

DESEMBARGADOR MILTON NEVES (RELATOR)

É acolhendo a preliminar de inadequação da via eleita.

DESEMBARGADOR FERNANDO FERREIRA

Salvo engano, Vossa Excelência, no final do voto, refere-se ao 267, I e ao 295, I, e também, salvo engano, versam sobre indeferimento da inicial.

DESEMBARGADOR JOVALDO NUNES (PRESIDENTE)

Desembargador Fernando, permita-me, acredito que o voto o Desembargador Milton denega a segurança por ausência de direito líquido e certo.

DESEMBARGADOR FERNANDO FERREIRA

Eu não tenho dúvidas, Desembargador. Apenas me parece que nós processamos. Não houve indeferimento da inicial.

Eu não gosto dessa preliminar de inadequação da via eleita. A preliminar, na verdade, é de carência de ação por falta do interesse/adequação. E aí seria o 267, VI, salvo engano.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO
DIVISÃO DE TAQUIGRAFIA

DESEMBARGADOR MILTON NEVES (RELATOR)

No final do voto, eu digo o seguinte: "Em face de todo o exposto, acolho a preliminar de inadequação da via eleita, por ausência de demonstração de direito líquido e certo, extinguindo o processo sem resolução do mérito, com fulcro nos arts. 6º, § 5º, da Lei 12.016/09, c/c o art. 267, I, e 295".

DESEMBARGADOR FERNANDO FERREIRA

Aí é indeferimento da inicial.

DESEMBARGADOR MILTON NEVES (RELATOR)

Então, eu retiro essa parte. Eu acho que houve engano na... ((interrompido)).

DESEMBARGADOR JOVALDO NUNES (PRESIDENTE)

Já ultrapassou essa fase. Aí é mérito. Eu acho que o Desembargador Milton enfrentou o mérito e entendeu que não há direito líquido e certo. E, aí, a hipótese é de denegação da segurança.

DESEMBARGADOR FERNANDO FERREIRA

Na verdade, tecnicamente, pelo que entendi, o eminente Desembargador acatou a preliminar de carência de ação por falta de interesse de agir, na via mandamental, tanto que resguardou a possibilidade de ir para a via ordinária. Na verdade, é o 267, IV.

DESEMBARGADOR JOVALDO NUNES (PRESIDENTE)

Então, resumindo, o eminente Desembargador acata a preliminar de carência de ação e extingue o feito.

Está em discussão.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO
DIVISÃO DE TAQUIGRAFIA

DESEMBARGADOR LEOPOLDO IRAPOSO

Sr. Presidente, o voto do eminente Desembargador Relator é no sentido de extinguir o processo por ausência de prova?

DESEMBARGADOR FERNANDO FERREIRA

Ausência de interesse de agir na via eleita.

DESEMBARGADOR LEOPOLDO IRAPOSO

Certo. Porque não seria a via adequada, em razão de elementos que comprovam de forma contundente o direito líquido e certo.

Eu participei do julgamento do Agravo Regimental e, nesta oportunidade, no voto que proferi, no sentido de dar provimento ao Agravo, porque a liminar de Vossa Excelência tinha sido revogada, eu dava provimento ao Agravo exatamente para ripristinar a liminar concedida por Vossa Excelência. E, como fundamento do meu voto, dizia na oportunidade que: "Não se deve, com base em autorização de caráter precário, interferir judicialmente no exercício do poder discricionário pelo Município, permitindo, indeterminadamente, a atividade dos impetrantes. Mas, estamos diante de um confronto de interesses plenamente legítimos: de um lado, a administração pública buscando ordenar algo que há tempo reclamava ordem, propiciando a preservação do meio ambiente e fomento de turismo, e, de outro, um grande número de pessoas atingidas por essa medida, reclamando um tratamento mais cuidadoso por parte do Poder Público, visto que o interesse atingido está relacionado de forma direta com a sua subsistência".

Mas, Sr. Presidente, estamos em fase de debate, e eu indago do eminente Desembargador Relator se o Mandado de Segurança não fora instruído com documentos que demonstrem que os impetrantes tinham autorização da Administração Pública Municipal, no sentido de exercer a atividade que exercem na orla marítima.

DESEMBARGADOR JOVALDO INUNES (PRESIDENTE)

Salvo engano, Desembargador, essa questão foi levantada da vez anterior e ficou demonstrado que eles não tinham autorização para exercer esse comércio na orla marinha. O Relator pode confirmar.



187

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO
DIVISÃO DE TAQUIGRAFIA

DESEMBARGADOR MILTON NEVES (RELATOR)

Não houve nenhum estudo que verificasse o impacto disso aqui. O objetivo era justamente esse, já que, no meu entender, não há direito líquido e certo aqui, justamente pela falta de elementos que possam trazer isso. Então, é aquela tentativa de remeter pelas vias ordinárias para evitar que haja, talvez, um prejuízo maior.

DESEMBARGADOR JOVALDO NUNES (PRESIDENTE)

Satisfeito, Desembargador Leopoldo?

DESEMBARGADOR LEOPOLDO RAPOSO

Sr. Presidente, eu estou vendo aqui documentos, a partir das fls. 117 dos autos, com os quais os impetrantes instruem a ação mandamental.

DESEMBARGADOR LUIZ CARLOS FIGUEIRÊDO

Sr. Presidente, inobstante haver razão no argumento do Desembargador Fernando Ferreira e que a conclusão do voto é no sentido de carência, mas, no corpo do voto, inteiro, é de ausência de direito líquido e certo, citação jurisprudencial de direito líquido e certo.

DESEMBARGADOR FERNANDO FERREIRA

Aí é denegação da segurança.

DESEMBARGADOR JOVALDO NUNES (PRESIDENTE)

Encaminharemos, então, a votação. Ou se declara a impetrante carecedora do direito de ação ou se concede a segurança.

Tem alguma divergência em relação ao voto do Relator?



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO
DIVISÃO DE TAQUIGRAFIA

DESEMBARGADOR FERNANDO FERREIRA

Sr. Presidente, eu proponho a Vossa Excelência que ouçamos o Relator. Qual é a proposta relatorial: é de extinção do mandado com indeferimento da inicial ou por carência de ação?

DESEMBARGADOR MILTON NEVES (RELATOR)

É acolher a preliminar de inadequação da via eleita por ausência de demonstração de direito líquido e certo, extinguindo o processo sem resolução do mérito.

Eu digo aqui em meu voto: na via de mandamus, é imprasindível, como forma de violação da hipotética, violação de direito líquido e certo, trazer-se ao processo elementos que, de plano, comprovem a transgressão alegada, ou seja, a denominada prova pré-constituída. Na espécie, não vislumbro conjunto probante concreto a evidenciar violação a direitos representados da associação impetrante.

Era isso que eu queria acrescentar.

DESEMBARGADOR FERNANDO FERREIRA

Sr. Presidente, perdoe-me, eu acho que esse trecho que o Desembargador Milton Neves lembrou define esse imbróglio momentâneo em que estamos.

Sua Excelência, o Desembargador Relator, acata a preliminar de inadequação da via eleita, como o Estado costuma a chamar. Essa preliminar não existe. Tecnicamente, a preliminar é de carência de ação, seja por indeferimento da inicial inepta, que me parece não ter sido o caso, porque nós estamos julgando o Mandado de Segurança no mérito, seja por falta de interesse de agir na via eleita, o chamado interesse/adequação. Por quê? Porque não houve, no entender de Sua Excelência, documentos adrede preparados, evidenciadores do direito líquido e certo.

Superada que seja essa questão, se for vencido o entendimento do Relator, aí é que nós vamos adentrar no mérito, para verificar se há ou não hipótese de concessão ou de denegação.

Então, quero orer que nós estamos agora a decidir se há carência de ação. Quem optar pelo indeferimento da inicial que o faça, quem optar pela carência de ação que o faça.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO
DIVISÃO DE TAQUIGRAFIA

DESEMBARGADOR ANDRÉ GUIMARÃES

Sr. Presidente,

Eminente Desembargador Fernando Ferreira:

A hipótese se adequa tanto a indeferimento da inicial, por falta de interesse de agir, como por carência de ação, porque o art. 295 do CPC, que trata dessa matéria, diz que: *a petição inicial será indeferida: III – quando o autor carecer de interesse processual.*

Então, se ele não tem interesse processual para a via eleita, pode ser indeferimento da inicial. Portanto, seria o 267, IV c/c com o 295, III, e com o art. 10 da lei.

DESEMBARGADOR FERNANDO FERREIRA

É porque Vossa Excelência entende, e eu respeito, que é possível indeferir-se a inicial depois de processado o feito. Eu entendo de modo diverso. Até o momento procedimental foi indeferimento da inicial. Não é preciso ser liminar, o indeferimento. Mas, no meu modo de ver, não é possível processar-se um feito, o que implica a acolhida da inicial. Dá-se sequência ao feito, porque a inicial provocou o Estado Juiz, o Estado Juiz conheceu da inicial, processou o feito e, depois de toda a instrução feita, traz o Mandado de Segurança e diz que é caso de indeferimento. Eu penso que não é mais possível indeferir-se. Aí cai na ferramenta processual da carência de ação por falta de interesse de agir, e não de indeferimento da inicial.

DESEMBARGADOR LEOPOLDO RAPOSO

Sr. Presidente, se Vossa Excelência me permite, eu estou com os autos e tenho condições, com a permissão do Desembargador Relator, de prestar alguns esclarecimentos. Se se trata de uma preliminar de demonstração de ausência de elementos que demonstrem o direito líquido e certo dos impetrantes, me parece que seria adentrar no mérito. E, então, se essa for a preliminar, o meu voto seria de não conhecimento, porque a matéria se confunde com o mérito. Mas, se se trata de uma preliminar de indeferimento da petição inicial por ausência de prova pré-constituída, a esse respeito eu teria a dizer que às fls. 56 dos autos consta documentos, subscritos pela Prefeitura, mais especificamente pelo Diretor Geral da DIRCOM, que diz o seguinte: *em resposta ao ofício de nº... temos a informar que fica permitida, em caráter experimental, a permanência dos espelhos nos*



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO
DIVISÃO DE TAQUIGRAFIA

mesmos horários dos dogueiros da Av. Boa Viagem aos sábados, domingos e feriados.

Parece-me, Sr. Presidente, que seria mais razoável se adentrar no mérito da questão, no meu entender, rejeitando-se a preliminar...(interrompido)

DESEMBARGADOR JOVALDO NUNES (PRESIDENTE)

É porque a preliminar que o Desembargador Milton levantou envolve o mérito...(interrompido).

DESEMBARGADOR LEOPOLDO RAPOSO

Exatamente. Seria o caso de não conhecer dessa preliminar. Apreciando-se, adentraria no mérito da questão.

DESEMBARGADOR JOVALDO NUNES (PRESIDENTE)

Então, quem quiser assim se manifestar se manifestará na medida que eu for colhendo votos.

Desembargador Leopoldo, pela discussão, nós temos três opções: indeferimento da inicial, carência ou denegação da segurança. Então, na medida que for chamando cada qual irá se posicionar.

DESEMBARGADOR PAULO TORRES

Sr. Presidente, eu acolho o voto do eminente Relator e o acompanho.

DESEMBARGADOR ANDRÉ GUIMARÃES

Com o Relator.

DESEMBARGADOR JOSUÉ DE SENA

Com o Relator.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO
DIVISÃO DE TAQUIGRAFIA

DESEMBARGADOR ANTÔNIO CARLOS ALVES

Com o Relator.

DESEMBARGADOR LUIZ CARLOS FIGUEIRÊDO

Eu rejeito a preliminar.

DESEMBARGADOR JOÃO BOSCO GOUVEIA

Também rejeito a preliminar.

DESEMBARGADOR SÍLVIO BELTRÃO

Acompanho o voto do Relator.

DESEMBARGADOR LEOPOLDO RAPOSO

Rejeito a preliminar.

DESEMBARGADOR FERNANDO FERREIRA

Eu sou pela acolhida da preliminar, no sentido de decretar a extinção do feito sem julgamento de mérito por carência de ação, haja vista ausência do interesse/adequação.

DECISÃO

"POR MAIORIA DE VOTOS, EXTINGUIU-SE O FEITO POR INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA, EM RAZÃO DE AUSÊNCIA DE PROVA A JUSTIFICAR A LIQUIDEZ E CERTEZA DO DIREITO".



132

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO
DIVISÃO DE TAQUIGRAFIA

1º GRUPO DE CÂMARAS CÍVEIS : 13 05 2009
AGRAVO REGIMENTAL Nº 186305-3/02

DESEMBARGADOR LUIZ CARLOS FIGUEIRÊDO

3
Sr. Presidente. Eu gostaria e peço que consigne, por gentileza, na Ata a minha veemente oposição a sustentação oral em processo desse jaez, sem nenhum respaldo na lei processual e na Constituição.

DESEMBARGADOR FERNANDO CERQUEIRA

Sr. Presidente. Da mesma forma eu me manifesto com o Des. Luiz Carlos Figueiredo.

DESEMBARGADOR JOVALDO NUNES (PRESIDENTE)

Registrada a declaração de oposição à defesa oral em agravo regimental dos eminentes Desembargadores Luiz Carlos Barros Figueirêdo e Fernando Cerqueira.

Eu também tinha isso. A legislação processual não permite nem em agravo de instrumento, só em apelação, ação rescisória, etc. Eu também tinha essa posição, mas depois que a Casa tem sido muito liberal de dar oportunidade, inclusive em embargos declaratórios, de forma que eu também faço esse registro.

DR. PAULO GESTEIRA COSTA FILHO (OAB/PE 23665)
PROCURADOR DO MUNICÍPIO

Antes de iniciar a sustentação oral gostaria de dizer que esse favor que o Tribunal concede é bem recebido e só está sendo necessária realmente a manifestação oral, nesse momento, porque, pela grande celeridade que o Des. Relator do processo atuou, a gente não pôde se manifestar no prazo de setenta e duas horas, como geralmente ocorre em mandado de segurança coletivo, como impõe a Lei 8.437, art. 2º.

Mas, ultrapassado esse ponto e iniciando aqui a sustentação, vimos aqui trazer questões meramente de fato, tentar esclarecer para propiciar um julgamento com informações mais detalhadas de como o município tem atuado, principalmente porque é uma questão de relevância social, como bem salientou o Desembargador em sua liminar.

Então iniciando a questão pela edição do próprio Decreto 24.312/2008, que foi em 1º de janeiro de 2009. Com a edição do decreto se disciplinou o comércio de



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO
DIVISÃO DE TAQUIGRAFIA

produtos na orla de Boa Viagem e esse decreto teve uma *vacatio legis* de sessenta dias, de modo que só efetivamente o município começou a fiscalizar o cumprimento no início de março. Com a fiscalização, parte dos comerciantes afetados protestaram, parte deles porque não teve acesso a informação adequadamente e parte deles porque realmente eram afetados pelo decreto e a Prefeitura então resolveu fazer um tratamento de cada grupo de comerciante, de acordo com as particularidades de cada grupo. Explico melhor. Como já adiantou o Des. Relator, em seu relatório, são quatro grupos de comerciantes. Os comerciantes que comercializam os produtos em seus quiosques. Esses, o decreto praticamente não altera nada a eles. Eles continuam podendo comercializar seus produtos. Outro grupo, os comerciantes circulantes, que eu diria até que são os de maior números, aqueles que vendem amendoim, que vendem caldinho, aqueles que vendem produtos numa pequena bolsa, que vão oferecendo seus produtos aos banhistas com grande mobilidade. Os produtos deles geralmente são feitos fora da praia e eles apenas comercializam na praia.

Quanto a esses, o município tem permitido a atuação deles, tem apenas efetuado um cadastramento e treinamento deles para que eles prestem serviços de melhor qualidade e esse treinamento continua em andamento. De forma que não há impedimento a atuação desses.

Um terceiro grupo, que são os comerciantes de bebidas, eles também continuam podendo comercializar seus produtos, apenas o município, num decreto, solicitou que eles não mais comercializem produtos em garrafas de vidro porque o vidro muitas vezes se quebra e fica caco de vidro na praia e várias pessoas se cortam e tem problemas em razão do vidro.

Então dos quatro grupos, temos que três deles, os comerciantes circulantes, os comerciantes de quiosques e os comerciantes de bebidas não têm suas atividades afetadas em grande monta.

Apenas um quarto e último grupo, que denominamos de comerciantes fixos, eles realmente pela própria natureza dos produtos que eles alienam, eles precisam preparar o produto na orla. Como exemplo mais marcante temos os vendedores de espetinhos, vendedores de hot dogs, vendedores de crepes, que parte deles comercializavam o produto no calçadão, estacionavam o veículo, e parte deles na orla. Essa atividade realmente é bem mais danosa ao meio ambiente costeiro. Eles geram acúmulo de lixo, geram fumaça. Os que utilizam carvão jogam cinzas e carvão na areia, o que vai deixando a areia mais escura. Além de tudo os que trabalham no calçadão afetam o trânsito porque muitos de seus clientes vêm em carro, em fila dupla, geram aglomerações.

Como a própria inicial salienta cada um deles tem em média cinco empregados. Então cada unidade dessa tem cinco empregado. São mini restaurantes à beira-mar. Alguns no calçadão, alguns na areia, tudo isso sem autorização.



194

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO
DIVISÃO DE TAQUIGRAFIA

E diante de tantos impactos ao meio ambiente, ao trânsito, a paz da própria população, que eles muitas vezes utilizam som ambiente, o município tem realmente combatido o comércio fixo e regular na orla de Boa Viagem, Pina e Brasília Teimosa.

Então vamos agora as razões do mandado de segurança, segundo a própria petição inicial. Lá se alega que houve ofensa à razoabilidade e ofensa a isonomia. São dois argumentos, e que isso teria consequências sociais negativas porque geraria grande desemprego.

A primeira questão – A razoabilidade. A própria divisão nos quatro grupos e os tratamentos diferenciados que oportunizamos, que a Prefeitura delegou a cada um, inclusive propiciando treinamento, cadastramento e outras atividades de modo a tratar cada grupo de acordo com as suas peculiaridades, já mostra a regra ao contrário do que se diz na inicial, ela foi totalmente razoável.

Além disso, quando nós começamos analisar a questão pela ótica social, temos que lembrar alguns casos semelhantes, como é caso marcante a disciplina que o município do Recife fez em relação ao trânsito, tentando retirar transporte ilegal do passageiro, episódio que normalmente denominamos de vans e kombis, quando retiramos as vans e as kombis. Naquele momento, realmente milhares de pessoas eram empregadas dessa atividade e nesse contexto, na hora que o município foi intervir muito se alegar que isso geraria miséria e fome. E o que se viu não foi isso. O que se viu foi uma melhoria no trânsito da cidade, viu-se que os empregos cresceram no transportes regular, foram contratados mais motoristas, mais cobradores, mais mecânicos pelas empresas de ônibus, foram oportunizados mais trabalhos para os taxistas.

Então o que sai do mercado informal ele vai para o mercado regular, de modo que não há o impacto social negativo, que foi um dos fundamentos da liminar.

Finalizando e concluindo o que quer se expor, nós entendemos que o primeiro ponto realmente a se frisar é que não houve qualquer ofensa a razoabilidade e isso se dar pela própria leitura do decreto onde vê em cada medida o interesse público claro.

Uma segunda questão: Seria isso uma hipótese de impetração de mandado de segurança a direito líquido e certo em caso de comércio irregular não autorizado? Simples alegação de ofensa à razoabilidade dá direito a impetração de mandado de segurança?

Essas e outras questões são tratadas em maiores detalhes no próprio agravo regimental, que a maior parte dos desembargadores recebeu um breve memorial, mas que finalizo por aqui diante da exigüidade do tempo e agradeço da oportunidade dispensada ao Município do Recife.

Obrigado.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO
DIVISÃO DE TAQUIGRAFIA

1ª PRELIMINAR

DESEMBARGADOR JOVALDO NUNES (PRESIDENTE)

O eminente Relator rejeita a alegação que destacou como preliminar de nulidade da interlocutória agravada, pelo fato de não ter sido, antes de proferida, ouvida a parte contrária.

DESEMBARGADOR LEOPOLDO RAPOSO

Eu vou fazer um comentário no campo estritamente técnico jurídico. Recebi o memorial e tive o cuidado de fazer a leitura do mesmo. O decreto contra o qual se insurgem os impetrantes disciplina atividade na orla marítima, não só no calçadão, como também na faixa de praia, estabelecendo critérios e requisitos para aquelas atividades chamadas de circulantes, os fixos de bebidas, quiosques, e coíbe o comércio fixo na orla marítima, comércio esse que pretendem os impetrantes exercer.

Não me parece que o município tenha proibido qualquer atividade na orla marítima. Aquelas atividades, previstas o seu funcionamento no decreto municipal e devidamente autorizado, não há nenhuma proibição.

Alegam os impetrantes que o município afrontou direito líquido e certo.

DESEMBARGADOR JOVALDO NUNES (PRESIDENTE)

V.Exa. me permite um aparte? O Des. Milton está rejeitando uma preliminar argüida pelo município pelo fato do município não ter sido ouvido antes de proferida a liminar.

DESEMBARGADOR LEOPOLDO RAPOSO

O que eu quero fundamentar, Sr. Presidente, é uma outra preliminar. É uma preliminar de indeferimento da inicial por ausência de prova pré-constituída para que não estejamos a julgar uma interlocutória cuja petição inicial não atende aos requisitos legais.

DESEMBAGADOR FERNANDO FERREIRA

V.Exa. me permite um aparte? Só em suporte, parece-me que não seria por ausência de prova pré-constituída. Quero crer que pelo que V.Exa. já iniciou dissertando, a preliminar seria por carência de ação, a chamada ausência na



106

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO
DIVISÃO DE TAQUIGRAFIA

espécie da falta do interesse adequação, ou seja, a via estreita do mandado de segurança não comportaria pleito fundado na razoabilidade. De modo que isso tem a ver com condições da ação, temas de ordem pública. Parece-me ser essa a hipótese.

DESEMBARGADOR JOVALDO NUNES (PRESIDENTE)

Na verdade, se efetivamente o Des. Leopoldo levantar essa preliminar, ela precede em julgamento aquelas outras ventiladas pelo Desembargador.

Então V.Exa. argüi a preliminar de extinção do feito.

DESEMBARGADOR LEOPOLDO RAPOSO

Eu entendo até, Sr. Presidente, que se eles comprovassem previamente, de plano, autorização concedida pelo município para exercer a sua atividade, poder-se-ia até admitir a impetração. Mas se quer eles comprovaram essa circunstância.

Então eu arguo a preliminar.

DESEMBARGADOR JOVALDO NUNES (PRESIDENTE)

V.Exa. entende que essa discussão pode até ser travada na via ordinária e não na via estreita do mandado de segurança?

DESEMBARGADOR LEOPOLDO RAPOSO

Exatamente, porque por ausência de prova pré-constituída. Esse é um aspecto. O outro aspecto, não técnico jurídico, seria o aspecto suscitado pelo eminente Des. Relator, o aspecto social, o aspecto do desemprego. Não sei a associação impetrante está presente em sua representação, mas o fato é que essa questão poderia ser discutida entre a associação e o município, até com a intervenção do judiciário, para enfrentar essa questão social.

DESEMBARGADOR JOVALDO NUNES (PRESIDENTE)

Eu ouço o eminente Relator sobre a preliminar de carência de ação argüida pelo eminente Des. Leopoldo Raposo.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO
DIVISÃO DE TAQUIGRAFIA

DESEMBARGADOR BANDEIRA DE MELLO

Sr. Presidente. Sem querer interferir, evidentemente devemos ouvir o Des. Relator, mas eu deixo registrado, antes disso, de que sinceramente eu não compreendi qual a preliminar levantada pelo Des. Leopoldo Raposo.

DESEMBARGADOR LEOPOLDO RAPOSO

É a extinção do feito ante a ausência de prova pré-constituída, que demonstre o direito líquido e certo dos impetrantes.

DESEMBARGADOR BANDEIRA DE MELLO

Certo. V.Exa. colocou uma coisa e o Des. Eduardo Ferreira colocou outra distinta.

DESEMBARGADOR FERNANDO FERREIRA

Não é que eu tenha colocado. Eu pensei está interpretando a arguição, que não é de preliminar, é uma questão de ordem, matéria de ordem pública. Eu me permito coadjuvar a suscitação do eminente Des. Leopoldo que, no meu entender, eu não vejo a matéria da ausência de provas porque eu não conheço os autos. Parece-me que o ato impugnado é o cerceamento do comércio fixo ao invés de circulante.

Então deve haver a prova que deve ser uma manifestação qualquer da edilidade. Todavia, no meu entender, a arguição procede pelo efeito expansivo objetivo externo do exercício recursal, atingindo pela inépcia da inicial do *mandamus*, porque evidentemente não é direito líquido e certo baseado em razoabilidade.

DESEMBARGADOR BANDEIRA DE MELLO

Permita-me Des. Fernando e talvez seja a intervenção de V.Exa. cumulada a intervenção do Des. Leopoldo, que seja a razão fundante da minha perplexidade. Explico.

Do que escutei da tribuna e do voto do eminente Relator, não me parece que haja qualquer divergência em relação à matéria fática. Os associados da impetrante exerciam o comércio, de determinada maneira, na praia de Boa Viagem.

O decreto limitou, vedou, ou sendo mais preciso, impediu a continuidade do referido comércio nos termos em que circunscreveu a prática do comércio a modalidade fixa, a forma que está posta no decreto e os impetrantes dizem seja



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO
DIVISÃO DE TAQUIGRAFIA

qual for o argumento e aí é nesse ponto, dirigi-me a V.Exa., eu não estou subscrevendo o argumento da razoabilidade, mas o argumento que seja, de direito, é argumento de mérito para verificar se existe o direito ou não. Não tem a ver com a prova. De modo que, a meu ver, são duas argumentações distintas e aí me posiciono, adiantando em linha, pelo menos em princípio, ainda em debate, não convergente com ambas as perspectivas porque não vejo aqui qual a necessidade para discutir esse direito, para discutir o alcance do decreto que é reconhecido. É público e notório que ele interferiu na atividade humana que se realizava na praia de Boa Viagem.

Então essa é uma questão a meu ver que não é controversa, que não depende de, até porque é um mandado de segurança, que aponta como um ato coator, o decreto, mas que tem por objeto permitir uma atividade. Então nesse sentido ele é repressivo e preventivo, de modo que a questão a meu ver não guarda esse enfoque, guarda vê o enfoque se há direito líquido e certo na sua aceção tradicional a supedanejar a impetração, mas não por falta de prova.

DESEMBARGADOR FERNANDO FERREIRA

V.Exa. me permite só um aparte?

DESEMBARGADOR BANDEIRA DE MELLO

Pois não. Estamos em discussão. Eu estou argumentando podendo inclusive ser convencido.

DESEMBARGADOR FERNANDO FERREIRA

E V.Exa. sempre traz com muita propriedade. Quando o eminente Relator iniciou sua exposição, já me despertou a inquietação de ser este mais um exemplo daqueles casos onde a dimensão humana do Des. Milton José Neves é tão grande, é tão flagrante, que amesquinha a minha dimensão pessoal. Eu me sinto tão pequeno diante do Des. Milton José Neves que realmente S.Exa. já referiu, de início, na exposição, esse termo razoabilidade, que suscita aqui no 1º Grupo, V.Exa. hoje abrilhante aqui no 1º Grupo, naturalmente em substituição dos integrantes, mas aqui no 1º Grupo essa discussão vem sendo travada já em outras situações onde a solução se encaminha efetivamente para a inexistência, a carência do direito ao manejo do mandado de segurança. Por isso que o Des. Leopoldo já levantou, ancorado na circunstância de que o eminente Des. Milton José Neves praticamente já votou quanto ao mérito. Ou seja, S.Exa. já referiu a questão da política social, do desemprego, o que me parece ser um prerrogativa do Poder Executivo. Não compete ao Judiciário estabelecer políticas sociais. S.Exa. referiu não é possível se ficar inerte diante da tragédia que possa se



199

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO
DIVISÃO DE TAQUIGRAFIA

abater por pessoas, famílias, que querem exercer uma atividade e lhes está sendo vedada. É tirar o salário. Isso me incomoda. Quer dizer, me incomoda no bom sentido. Meu coração sangra, porque eu tenho receio que a gente parta, com essa questão da crise social, a de repente justificar o assaltante que nos leva do bolso e dizer que é válido, é lícito que ele nos assalte sob pena dele morrer de fome. Então ele nos assaltando, não está cometendo um crime. Ele está provendo a sua subsistência.

Então esse é o debate que vem animando outros julgamentos, sempre pontuados por essa sensibilidade social do Des. Milton Neves, que ressalto, para mim é motivo de muita depressão porque S.Exa. revela a grandeza do seu espírito, a latitude da sua consciência social.

DESEMBARGADOR BANDEIRA DE MELLO

Des. Fernando, permita-me. Essa intervenção que V.Exa. faz, com a qual eu subscrevo, eu me sinto, talvez todos nós, sem a mesma largueza de espírito que o Des. Milton Neves tem nesta e em todas as questões, mas essa não é exatamente a discussão de fundo que deveremos examinar em relação ao voto de mérito de S.Exa., no agravo regimental.

Para repercutir no efeito expansivo objetivo de modo a fulminar o mandado de segurança, devemos ou reconhecer a falta de prova pré-constituída, que foi a argumentação do Des. Leopoldo, ou a carência de ação que eu interpreto aí no caso como a inexistência do direito, na verdade muito embora V.Exa. esteja se referindo a carência de ação, quero crer que V.Exa. está denegando a segurança, a valer esse raciocínio por ausência de direito, não de uma qualificação do direito, se ele ter direito liquide e certo ou ele não ter direito, e tudo isso remetendo a necessidade de nós avançarmos na superação, segundo penso, desses juízos preliminares. O primeiro deles é a ausência de prova pré-constituída, se há ou não. É por isso que quis pontuar exatamente o que é que estávamos a votar, se era extinção do mandado de segurança por ausência de prova pré-constituída, que é a arguição do Des. Leopoldo.

DESEMBARGADOR MILTON NEVES

A preliminar argüida, que foi atropelada no meio do caminho, foi justamente essa preliminar de vício formal da decisão por inobservância do art. 2º, da Lei 8.437.

DESEMBARGADOR JOVALDO NUNES (PRESIDENTE)

Essa foi a preliminar que V.Exa. argüiu. Só que o Des. Leopoldo argüiu uma outra preliminar que precede a essa, que é de carência. Então eu quero ouvir V.Exa.



200

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO
DIVISÃO DE TAQUIGRAFIA

sobre a preliminar argüida pelo eminente Des. Leopoldo Raposo – Extinção do feito ante a ausência de prova pré-constituída.

DESEMBARGADOR LEOPOLDO RAPOSO

Porque, segundo os fatos narrados, os impetrantes não comprovam se quer tenham sido cadastrados ou tenham recebido autorização do município para desenvolver sua atividade naquela área. E ainda que eles tivessem recebido qualquer autorização, a autorização é ato discricionário da municipalidade e precário que pode ser cancelado ante o interesse público evidenciado.

DESEMBARGADOR JOVALDO NUNES (PRESIDENTE)

Vamos ouvir o Des. Relator sobre a preliminar argüida pelo eminente Des. Leopoldo Raposo.

DESEMBARGADOR FERNANDO FERREIRA

Agora eu entendi a intervenção do Des. Bandeira e S.Exa. tem razão. Na verdade o eminente Des. Leopoldo de Arruda Raposo levanta uma preliminar atinente a ausência de pressuposto de constituição e desenvolvimento válido e regular do processo. Não é de falta de condição da ação. É ausência de prova pré-constituída do direito alegado e eu peço desculpas a Corte porque foi com minha intervenção, eu ouvi mal, corrigida a tempo e modo pelo Des. Bandeira.

DESEMBARGADOR FERNANDO MARTINS

Esse arremate do eminente Des. Fernando Ferreira veio mais ou menos a fazer o corolário de tudo o que eu pretendia expor, que era exatamente a respeito dessa extinção, que, aliás, eu conversava aqui com o Des. Fernando Cerqueira e a questão que está se julgando é o agravo regimental e aí eu estaria entendendo, ele já vai direto na ação mandamental por essa falta desse embasamento, não é? Mas eu aguardo.

DESEMBARGADOR JOVALDO NUNES (PRESIDENTE)

V.Exa. encampa ou não a preliminar argüida pelo eminente Des. Leopoldo Raposo?



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO
DIVISÃO DE TAQUIGRAFIA

DESEMBARGADOR MILTON NEVES

Eu peço vênia, mas eu rejeito essa preliminar.

DESEMBARGADOR JOVALDO NUNES (PRESIDENTE)

O eminente Des. Milton Neves não acolhe a preliminar. Em discussão.

DESEMBARGADOR BANDEIRA DE MELLO

Sr. Presidente. Em discussão, porque a minha primeira intervenção destinou-se exclusivamente a explicitar o alcance da preliminar. Ingressando na discussão da preliminar levantada pelo Des. Leopoldo Raposo, eu observo, na minha ótica, que a compreensão dos fatos me leva a uma percepção diferente. É incontroverso que os impetrantes, pela sua associação, não detêm autorização ou permissão para exercer este tipo de comércio específico. Se assim fosse não precisariam atacar o decreto com base nos argumentos que levantaram. Bastariam tão-somente pontar o ato de suas permissões, concessões ou autorizações.

No entanto, a questão aí, a meu ver, tem uma outra ótica. Se é necessário para o exercício de atividade na orla de Boa Viagem, a permissão, a autorização, ou concessão, por que o decreto? Se há o decreto é para regulamentar algo. O que a meu ver afasta a discussão referente à prova pré-constituída é porque não há nenhuma divergência fática em relação ao que efetivamente ocorre.

A prefeitura não diz que permitirá àqueles que tem ou tiveram, que a meu ver, segunda até onde eu sei, nunca houve. Para este tipo de comércio não há ato formal de concessão ou autorização. É tanto que no próprio memorial aqui e esse é um aspecto de fundo e que me inquieta, se diz: O decreto a rigor seria desnecessário o que converge com minha maneira de ver, porque se há possibilidade do município intervir no comércio da praia de Boa Viagem, evidentemente que ela deve fazê-lo com base em lei por força do princípio da legalidade que tem acento constitucional. Se há a lei ou decreto é uma superfetação aí, é algo desnecessária, ela deveria agir conforme o princípio da legalidade, ou não há a lei e aí deveremos discutir qual o limite da discricionariedade administrativa de promover a intervenção no comércio ambulante, seja em Boa Viagem, seja em qualquer área da cidade.

Mas o fato é que a circunstância de não haver prova da autorização é a que justifica exatamente a impetração nessa circunstância, o que nos leva então ao segundo passo. Há ou não direito líquido e certo, não por ausência de provas, mas por ausência talvez de direito.



202

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO
DIVISÃO DE TAQUIGRAFIA

DESEMBARGADOR LEOPOLDO RAPOSO

Sr. Presidente. A respeito do que disse o eminente Des. Bandeira, eu devo dizer também que todo governante governa com instrumentos. O governo municipal tem seus instrumentos legais - a lei de urbanismo, a lei de uso do solo e outros instrumentos.

A lei de uso do solo, por exemplo, disciplina o uso e sua atividade em todo o espaço urbano e esses instrumentos, disciplinando o uso e as atividades, necessariamente para que uma pessoa possa exercer uma atividade comercial, uma atividade de serviço, haverá de ter um alvará de funcionamento, uma autorização do município. No âmbito da administração pública não se pode desenvolver uma atividade sem que peça e receba uma autorização prévia do município para que aquela atividade seja considerada legal.

Se assim fosse, ou seja, se não houvesse o pressuposto requisito da autorização por parte do município, o centro urbano seria uma verdadeira desorganização porque todas as pessoas iriam ocupar o centro da cidade e qualquer repressão por parte do município. Eles estariam legitimados por acaso a uma impetração? Eu entendo que não. Eu entendo que efetivamente os impetrantes eles não elegeram a via adequada para lograr obter ou discutir o seu direito.

DESEMBARGADOR JOVALDO NUNES (PRESIDENTE)

Srs. Desembargadores. Eu peço permissão a V.Exas. e transmito a presidência dos trabalhos ao Des. Fernando Eduardo, porque irei julgar alguns processos aqui na 2ª Câmara, aos quais estou vinculado. Se V.Exas. não têm objeção, eu transiro a presidência dos trabalhos ao Des. Fernando Eduardo.

DESEMBARGADOR FERNANDO FERREIRA (PRESIDENTE)

Salvo engano ainda estamos na fase de discussão da questão de ordem suscitada pelo eminente Des. Leopoldo de Arruda Raposo, atinente a falta de pressuposto de desenvolvimento válido e regular do processo.

DESEMBARGADOR LUIZ CARLOS FIGUEIRÊDO

O Relator está tratando de uma preliminar argüida pela parte agravante e aparece outra questão prejudicial através de questão de ordem suscitada pelo Des. Leopoldo e V.Exa. querendo facilitar, tentou interpretar o que estava a dizer o Des. Leopoldo Raposo. Eis que criou um enorme embaraço, isso V.Exa. há de reconhecer, porque sei que a intenção não foi essa. Por que? Porque os temas



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO
DIVISÃO DE TAQUIGRAFIA

estão indo e voltando. Agora mesmo o Des. Leopoldo a defender as suas posições, mais uma vez tratou de matéria de interesse a adequação. Isso se for o caso será outra questão de ordem a ser suscitada e seria também antecedente àquela apresentada pela parte.

O que está em jogo agora, nós precisamos nos limitar, é existe ausência de prova pré-constituída? Porque é essa a questão e nada, além disso. Prova pré-constituída para a formulação da impetração, que por si só fulminaria o mandado de segurança? Eu penso que isso é muito fácil de resolver, por dois ângulos: É público e notório e a própria lei diz que os fatos públicos e notórios independem de provas, de que aqui em Recife, em todo o País e em outras partes do mundo, algumas pessoas praticam a mercancia em locais indevidos, sem se dá alvará de funcionamento para vendedor de amendoim e que isso existe desde que o mundo é mundo. Então não há dúvida que estas pessoas estão ali e se não tiver uma providência, continuarão ali a estar.

É público e notório e é incontroverso que o prefeito editou um decreto disciplinando por categorias diferenciadas quem podia, como podia e quem não podia praticar a mercancia na orla marítima de Boa Viagem e Pina. Eis aí o suposto ato coator do município. Eu não conheço exatamente qual é a cláusula de validade que a prefeitura foi buscar para editar esse decreto. Acredito que é alguma local que permita e obviamente é poder de polícia do município fazê-lo.

Então existe alguém que acha que tem direito líquido e certo, sim. Está bem identificado. Existe um ato supostamente coator, sim. Está identificado e evidente está dentro dos autos. Dizer-se que há ausência de documento de prova pré-constituída me parece, com a devida vênia do Des. Leopoldo Raposo, que por enquanto é exagero se admitir essa questão que foi levantada pelo eminente Des. Leopoldo Raposo.

DESEMBARGADOR MILTON NEVES

Presidente. Pegando carona aqui no posicionamento do Des. Luiz Carlos, eu digo que a impetração ela não se dirige contra a lei em tese, pois o ato apontado como coator, que é o Decreto Municipal nº 24312, de 2008, ao vedar nos locais, nele indicados, o comércio exercido por alguns dos associados da impetrante, tem efeito concreto suficiente para autorizar o manejo da via estreita da ação mandamental. É assim que eu penso.

DESEMBARGADOR FERNANDO CERQUEIRA

Sr. Presidente,
Meus Caros Colegas Desembargadores;



204

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO
DIVISÃO DE TAQUIGRAFIA

Eu não porque as vezes eu fico com uma extrema dificuldade de entender as questões que estão sendo tratadas porque eu vejo por uma ótica bastante diferente.

Vejam os Senhores e acompanhem o meu raciocínio. Nós estamos em sede de um agravo regimental intentado contra uma decisão de um Relator em sede de mandado de segurança. No mandado de segurança coletivo se atacou um ato de autoridade pública. Houve o ato? Houve. Houve um decreto, é ato exclusivo da autoridade pública competente e ele foi evidente posto em execução e atacado via mandado de segurança. Contra esse ato foi expedida uma liminar pelo Des. Relator, suspendendo os efeitos desse decreto em relação a essa categoria, agravo regimental contra essa decisão interlocutória.

Não vejo aqui como se falar de preliminares. Na verdade o agravo regimental ele é claro, ele é objetivo, ele ataca questão de ordem formal em mandado de segurança coletivo, arguindo que não se concede liminar em mandado de segurança coletivo sem a oitiva do município em setenta e duas horas, porque esse é o teor do art. 2º, da Lei 8437, de 1992.

O que se pretende com esse agravo regimental? Reformar a decisão interlocutória por defeito de ordem formal. Esse é o objetivo do agravo regimental. Existe um ato de autoridade no mandado de segurança? Existe. Há direito líquido e certo? Bem. Essa é uma questão de mérito que nós vamos apreciar por ocasião do voto do Des. Relator, no mandado de segurança. Neste momento do regimental nós estamos tratando unicamente em relação à interlocutória, ao defeito de ordem formal arguido no regimental, contra a interlocutória do Relator.

É essa a ótica que eu estou vendo a questão, simples, clara. Por este motivo eu gostaria de me externar desta forma, entendendo e compreendendo todas as preocupações aqui já colocadas, mas eu vejo de uma forma bastante objetiva. Cumpre-se a lei, porque a liminar foi concedida sem a oitiva ou não.

Muito obrigado.

DESEMBARGADOR FERNANDO MARTINS

O agravo regimental, a sua razão de existir é por conta da decisão deferitória ou indeferitória em sede liminar no mandado de segurança. Então seguindo um princípio de que o acessório segue o principal, se a ação principal, que é a mandamental, tem determinada eiva que eleve a sua extinção, não há porque discutir um agravo regimental, porque vai ser fulminada a ação mandamental, pelo menos no entendimento da tese do Relator, ao qual me filio, de quem levantou a questão de ordem, que foi o Des. Leopoldo. Se essa questão assim está posta, cabe decidirmos porque o entendimento de que a ação mandamental pode e deve, porque lhe falta supedâneo para sua existência. Então se ela não



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO
DIVISÃO DE TAQUIGRAFIA

existe, e aqui a maioria decidir, é prejudicado o regimental. Nada obstante o posicionamento judicioso do eminente Des. Fernando Cerqueira.

DESEMBARGADOR LEOPOLDO RAPOSO

Eu tenho uma decisão em mãos do STJ que se adequa ao caso ora em debate. A ementa está gizada nos seguintes termos:

"Mandado de segurança – Vendedores ambulantes que se insurgem contra decreto determinador da desocupação por qualquer tipo de comércio ambulante de determinados logradouros públicos. Impetrantes que não comprovam encontrarem-se autorizados pelo órgão municipal e reconhecem exatamente ausência de direito líquido e certo".

No seu voto o Min. João Otávio de Noronha diz o seguinte:

"É cediço que em mandado de segurança não cabe dilação probatória. Todos os atos devem estar documentalmente comprovados no momento da impetração, ou seja, com a inicial devem estar presentes os elementos necessários para o exame das provas. Mesmo que houvesse autorização anterior para que os impetrantes exercessem o comércio ambulante, por ser ato discricionário e precário, pode ser cancelado pela Administração a qualquer tempo quando assim determinar o interesse público".

Então me parece que o STJ já se pronunciou a respeito, considerando que necessitaria efetivamente os impetrantes de apresentar a prova pré-constituída para que a impetração pudesse ser admitida. O STJ numa decisão que se aplica inteiramente ao caso ora em discussão, já decidiu nesse sentido, que há ausência de prova constituída em casos como tais.

DESEMBARGADOR BANDEIRA DE MELLO

Sr. Presidente. Eu insisto em apontar e a questão de ordem trazida pelo Des. Leopoldo Raposo, ainda com esse "aparente", e em seguida explicarei o "aparente", conforto de precedente do STJ, envolve uma petição de princípio. Por que? A ementa do STJ diz o que é do senso comum. Quem não tem autorização, permissão ou concessão, deve ser retirado da via pública por força do mero exercício do poder de polícia.

Claro. Se se pede a manutenção com base na causa de pedir da existência de concessão, autorização ou algo do gênero, é evidentemente que para o processamento da impetração se terá que ter como base documental a prova, o título do que se alega. Mas não é isso o que os impetrantes fazem. A causa de pedir deles, até onde pude entender, afirmando-se não detentores de autorização, permissão ou concessão, mas afirmando-se exercentes de comércio a longos



206

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO
DIVISÃO DE TAQUIGRAFIA

anos, o que, aliás, é explicitado no próprio decreto, daí é que vem a realidade, porque se o município pretendesse retirar esses ambulantes ou esses circulantes, ou fixos, ou o que seja, com base no mero exercício do seu poder de polícia, é evidentemente que não precisaria editar nenhum decreto, nem estabelecer nenhuma condição ou distinção de tratamento para tal ou qual categoria. Um dos argumentos inclusive postos, eu vi pelo memorial que gentilmente o Procurador Dr. Alcides me fez chegar em mãos, um dos argumentos é exatamente a suposta violação ao princípio da isonomia.

Então eu insisto. Aqui, para essa hipótese vertente, não me parece de modo algum relevante se discutir a existência ou não de prova a respeito da condição de autorizatário, concessionário ou permissionário para comércio ambulante, porque este simplesmente não integra a causa de pedir da parte. Ela pode ter direito ou não, mas não é esse o direito que ela alega.

Portanto, não é razoável, segundo penso, nem é menos ainda jurídico, exigir da parte que faça prova de um fato que ela não alega em seu benefício. É um fato estranho à discussão até segundo a minha vista alcança.

Era essa a observação, Sr. Presidente.

DESEMBARGADOR LUIZ CARLOS FIQUEIRÊDO

O Des. Fernando Martins foi muito feliz quando disse que as observações do Des. Fernando Cerqueira eram judiciosas, adequadas. Mas nós estamos diante de uma questão de ordem, eventualmente duas, suscitadas. Nós temos é que votar, nós temos é que saber se sim ou não. Acho que já está suficientemente maduro o debate. Acho que já estaremos em condições de fazer essa votação do acatamento ou não da questão. Se para mim, e já vi pelo Des. Bandeira também, é uma coisa que já está fora da análise de apreciação, para outros pode estar sendo matéria de análise. É preciso votar isso.

DESEMBARGADOR FERNANDO MARTINS

Muito bem disse o Des. Luiz Carlos porque a votação agora, eu acho que a matéria foi bem discutida e muito bem, da questão de ordem do eminente Des. Leopoldo, que precede a preliminar, no processo propriamente dito, do regimental.

Então é colocar em votação se acolhe ou não acolhe a questão de ordem levantada pelo eminente Des. Leopoldo.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO
DIVISÃO DE TAQUIGRAFIA

DESEMBARGADOR FERNANDO FERREIRA (PRESIDENTE)

Ninguém mais quer fazer uso da palavra em etapa da discussão? O plano da votação é o seguinte: Há uma questão de ordem suscitada pelo eminente Des. Leopoldo de Arruda Raposo, não acolhida pelo eminente Relator Des. Milton José Neves, concernente ao indeferimento da inicial da impetração de origem, mercê do efeito expansivo objetivo externo que o autor da proposição confere ao exercício recursal do município do Recife. Não deixa de estar, pois, no âmbito do julgamento do agravo regimental, posto que matéria de ordem pública como tal cognoscível de ofício em qualquer tempo, em qualquer grau de jurisdição.

Posto isso, votemos a questão de ordem do Des. Leopoldo de Arruda Raposo, não acolhida pelo Des. Milton José Neves. Como se posiciona o Des. Eduardo Sertório.

DESEMBARGADOR EDUARDO SERTÓRIO

Sr. Presidente. Eu aleguei suspeição no início do julgamento.

DESEMBARGADOR EURICO BARROS

O fato é público e notório do comércio informal na praia de Boa Viagem. Como enfatizou o Des. Bandeira se foi editado um decreto é porque era necessário regulamentar. Aliás, antecipando-me ao mérito, o decreto foi até cognominado, como editou aí um artigo aí no jornal do comércio, como o decreto da maldade, porque no último dia de governo se editou esse decreto. Mas farei comentários quando for votar o mérito do mandado de segurança, não me quero demorar.

A prática usual e costumeira da mercancia é reclamada com a desigualdade de tratamento, eu também não tenho conhecimento da ação, eu estava lendo alguns tópicos dela, mas distingue o tipo de comerciante da beira-mar e de alguns estarem sendo discriminados.

O fato em si eu acho que recai numa apreciação meritória, não tem o menor fundamento nós matarmos ou indeferirmos esse mandado de segurança baseado na inexistência de prova pré-constituída.

Eu rejeito a preliminar.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO
DIVISÃO DE TAQUIGRAFIA

DESEMBARGADOR ANTENOR CARDOSO

Tenho o entendimento de que o exame da prova, se é ou não prova pré-constituída, confunde-se com o próprio mérito. Mas para não criar mais uma opinião divergente, eu rejeito a preliminar, Sr. Presidente.

DESEMBARGADOR FRANCISCO BANDEIRA DE MELLO

Rejeito a preliminar, Sr. Presidente.

DESEMBARGADOR FERNANDO CERQUEIRA

Peço vênia ao Des. Leopoldo Raposo, que argüiu a preliminar, dizendo que entendo que o mandado de segurança já foi admitido pelo Relator, por isso eu entendo que a questão é de mérito e nesse caso rejeito a preliminar.

DESEMBARGADOR LUIZ CARLOS FIGUEIRÊDO

Rejeito a preliminar.

DESEMBARGADOR FERNANDO MARTINS

Sr. Presidente. A questão que o eminente Des. Eurico disse que é público e notório, aliás, questão que havia sido ventilada nos comentários antecedentes, a questão do público e notório é claro que é legal, que não há o que contrapor, mas a questão do público e notório é que existe o comércio ilegal. Também é que existe uma lei que quer disciplinar este comércio ilegal e que disciplina, e que contra isso estão se insurgindo os impetrantes. Mas os impetrantes não dizem qual o seu direito líquido e certo. O direito líquido e certo que eles teriam que dizer é aquele se aliará ao arbítrio. E onde ficaria lei de postura municipal, a lei que veio regularizar? Nós estamos diante aqui do último livro do Saramalho e do Ensaio de Uma Cegueira, quando a cidade fica daquela maneira. É o caos instaurado por falta do poder público. O poder público fez isso também com os vendedores de cerveja e os vendedores de cerveja cumpriram, deixaram de vender os engradados de garrafas de cerveja que poluía visualmente a nossa antes bela praia de Boa Viagem, como noutros Estados nossos vizinhos, e por isso que o turismo, fonte de renda nossa que sempre foi precípua, está se escoando para aquelas outras cidades, e aqui o que acontece? Aqui o que acontece é que é público e notório. Não tem nada a ver com espetinhos na praia porque se permitido comprar, eu compro, embora a gente não sabe nem qual é a origem daquelas comidas que ali são vendidas. Não inspeção sanitária, não há a mínima questão de higiene, mas isso é coisa de só menos importância para aqui.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO
DIVISÃO DE TAQUIGRAFIA

O que vale aqui é dizer, eminentes Pares, espero que V.Exas. possam até refletir sobre esse voto lançado porque a ação falta o embasamento fático e necessário. Se assim não o for, nada mais o que falar. O STJ, a Min. Eliana Calmon, aqui, em decisões iterativas da Corte Superior, diz:

"Prefeitura não comete ilegalidade ao determinar desocupação de trecho de rua ou remanejar, etc."

Isso aqui vão ganhar lá em cima. Nós estamos perdendo tempo. Então eu acolho a questão de ordem.

DESEMBARGADOR FERNANDO FERREIRA (PRESIDENTE)

Devolvo a presidência ao Des. Jovaldo Nunes.

DESEMBARGADOR SÍLVIO BELTRÃO

Rejeito.

DESEMBARGADOR FERNANDO FERREIRA

Eminentes Pares. Com todo respeito entendo que o caminho do deslinde da questão de ordem não passa perto da questão se é ou de fato público e notório. Aliás, esse conceito de fato público e notório eu sempre tenho muita ressalva contra ele. Eu pergunto: Nós, rubro-negros, estamos acabrunhados pela exclusão de um torneio intercontinental. É fato público e notório? Quanto habitantes do vizinho Estado da Paraíba sabem desse evento? É fato público e notório? É fato público e notório que nos temos carnaval no começo do ano, que nós temos São João no meio do ano, Natal no final do ano, mas fato público e notório que a prefeitura municipal do Recife quer disciplinar o comércio ambulante na orla de Boa Viagem e Pina e adjacências, nunca! Não é fato público e notório, por mais que tenha saído da imprensa.

Então a questão passa, no meu sentir, pelo reconhecimento de que a impetração está voltada contra um ato admitido da tribuna, pelo eminente patrono do município. O patrono do município foi à tribuna e disse que efetivamente o que o município quer é regular a atividade de um quarto grupo de comerciantes ambulantes na orla, ou seja, além daqueles outros, aqueles que teriam autorização tácita ou legal, expressa, para exercer comércio circulando e, ao invés, o estão fazendo de maneira fixa, disse S.Exa. da tribuna, criando verdadeiros restaurantes, com uma média de cinco empregados.

210



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO
DIVISÃO DE TAQUIGRAFIA

Então isso não é fato público e notório. É fato incontroverso. Se deficiência de prova houvesse para lastrear a impetração, o reconhecimento da tribuna na sustentação oral, supriu. Então o ato impugnado é esse. Não há, pois, ausência de pressuposto de desenvolvimento válido e regular do processo.

Eu, com a vênia do Des. Leopoldo de Arruda Raposo, rejeito a suscitação.

Presidente, só retornando, agora é a preliminar que o eminente Des. Fernando Cerqueira colocou, é o âmbito do recurso de agravo regimental. Mas no plano da sessão eu tinha proposto sua votação porque aí não é reforma da interlocutória. É cassação por eventual nulidade da interlocutória por ofensa a lei. Então penso sim que é uma preliminar. A preliminar de nulidade por ofensa a lei. Foi assim que eu entendi. Ia colocar em votação.

DESEMBARGADOR JOVALDO NUNES (PRESIDENTE)

E essa ofensa a lei consiste não ter sido o município ouvido antes dela, não é isso?

DESEMBARGADOR FERNANDO FERREIRA

Oportunizada a manifestação do município antes da decisão da liminar.

DECISÃO:

"POR MAIORIA, REJEITOU-SE A QUESTÃO DE ORDEM LEVANTADA PELO DESEMBARGADOR LEOPOLDO RAPOSO DE EXTINÇÃO DO FEITO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO, POR AUSÊNCIA DE PRESSUPOSTOS DE CONSTITUIÇÃO VÁLIDO E REGULAR DO PROCESSO. VENCIDOS O DESEMBARGADOR LEOPOLDO E O DESEMBARGADOR FERNANDO MARTINS".

DESEMBARGADOR JOVALDO NUNES (PRESIDENTE)

Com a palavra o eminente Des. Relator, Des. Milton Neves, que já rejeitou a preliminar de nulidade da interlocutória agravada. A preliminar já rejeitada pelo eminente Relator é de nulidade da decisão atacada pelo fato de não ter sido antes de proferida, oportunizada defesa ao Município do Recife.

Então essa preliminar o Des. Milton já votou, já foi discutida e eu pergunto se todos estão em condições de votar. Tem alguma divergência?



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO
DIVISÃO DE TAQUIGRAFIA

DESEMBARGADOR FERNANDO CERQUEIRA

Sr. Presidente. Eu voto inteiramente da mesma forma. Ocorre que até agora não consigo entender como preliminar prejudicial do mérito do regimental a questão que é o objeto do regimental. Não é prejudicial do mérito do regimental não. A liminar foi concedida em descumprimento do art. 2º, da lei 8.437.

DESEMBARGADOR JOVALDO NUNES (PRESIDENTE)

Mas me parece que não só é esse motivo do pedido de cassação, não. Parece que esse é um dos motivos.

DESEMBARGADOR FERNANDO CERQUEIRA

Ele vai um pouco além. O pedido dele:

"Seja apreciado e provido o presente regimental com a consequente revogação da liminar outrora deferida, seja por ofensa ao art. 2º, ou pela ausência de pressupostos, que não pode ser apreciada. B – O reconhecimento da errônea indicação da autora coatora, extinguindo-se o processo por falta de pressuposto processual".

Não é o caso em relação ao regimental.

DESEMBARGADOR JOVALDO NUNES (PRESIDENTE)

Então vamos anunciar esse resultado e devolver a palavra ao Relator para ele entender se remanesce alguma coisa. Então há divergência com relação a esse ponto – a rejeição da preliminar de nulidade da decisão?

DESEMBARGADOR FERNANDO CERQUEIRA

Como preliminar, sim. Eu entendo que é o mérito do regimental.

DESEMBARGADOR BANDEIRA DE MELLO

Sr. Presidente. Só colocando de uma outra maneira. O Des. Fernando Cerqueira faz uma colocação e eu até observo de que realmente os Grupos de Câmaras, inclusive o que eu integro originariamente, o 2º Grupo de vez em quando incide nisso, parece-me de fato ser um equívoco procedimental, muito embora seja prática, porque o agravo regimental diferentemente diz se estivéssemos a julgar o



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO
DIVISÃO DE TAQUIGRAFIA

mandado de segurança, aí teria cabimento julgar para não entrar no mérito, o mandado de segurança, alguma preliminar. Mas na verdade só há dois resultados possíveis num agravo regimental – a manutenção ou a cassação da liminar. De modo que o julgamento a rigor deveria ser feito globalmente, servindo-se o magistrado, o julgador, seja do fundamento primeiro, seja processual ou do fundamento referente a fumaça do bom direito ou ao *periculum in mora*.

DESEMBARGADOR JOVALDO NUNES (PRESIDENTE)

Eu indagaria do eminente Relator, ao invés de rejeitar, se ele não conhece e apreciar conjuntamente?

DESEMBARGADOR MILTON NEVES

Não conheço.

DESEMBARGADOR BANDEIRA DE MELLO

Não acolhe esse fundamento, vamos dizer assim.

DESEMBARGADOR JOVALDO NUNES (PRESIDENTE)

Vamos para o segundo fundamento porque aí a gente já anuncia o resultado de forma única.

DESEMBARGADOR FERNANDO FERREIRA

Sr. Presidente. O fundamento da suscitação implica a nulidade do julgado e não a reforma do julgado. O objetivo último do manejo do agravo regimental é a reforma de uma decisão concessiva de liminar. Todavia, como argumento inicial disse o município:

"A decisão é nula por não ter sido oportunizada a manifestação prévia do município, vale dizer, ofensa ao princípio do devido processo legal".

Então é importante que a Corte se manifeste, como argumento que tem a ver com nulidade, sobre se há ou não, se é caso ou não de nulidade por ofensa ao princípio devido legal. Não tem a ver, portanto, com o argumento de mérito do recurso. Eu peço que V.Exa. reconsidere e submeta a preliminar, que é preliminar, de nulidade da decisão.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO
DIVISÃO DE TAQUIGRAFIA

DESEMBARGADOR JOVALDO NUNES (PRESIDENTE)

Des. Milton, V.Exa. é o Relator. Foi assim que V.Exa. no primeiro momento colocou. Em face da intervenção do eminente Des. Fernando Cerqueira e Des. Bandeira, V.Exa. concordou em que fosse, isso seria um fundamento de todo o julgamento, mas V.Exa. insiste na rejeição da preliminar.

Então alguma divergência quanto à rejeição da preliminar de nulidade da decisão agravada?

DESEMBARGADOR LEOPOLDO RAPOSO

Sr. Presidente. Ainda que houvesse, o pronunciamento do eminente Procurador na tribuna supre qualquer vício que pudesse ter a interlocutória do eminente Des. Relator.

DESEMBARGADOR JOVALDO NUNES (PRESIDENTE)

Então todos entendem que a decisão agravada não é nula pelo fato de não ter sido oportunizado ao município o direito de se manifestar antes dela ser proferida?

DESEMBARGADOR FERNANDO CERQUEIRA

Sr. Presidente. Com a devida vênia, com o meu voto divergente. É obrigatória a ouvida em setenta e duas horas em qualquer decisão liminar concessiva em mandado de segurança coletivo ou em ação civil pública, sob pena de nulidade.

DESEMBARGADOR JOVALDO NUNES (PRESIDENTE)

Alguma outra divergência?

DECISÃO:

"POR MAIORIA, REJEITOU-SE A PRELIMINAR DE NULIDADE DA DECISÃO AGRAVADA, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR, VENCIDO O DESEMBARGADOR FERNANDO CERQUEIRA".



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO
DIVISÃO DE TAQUIGRAFIA

DESEMBARGADOR JOVALDO NUNES (PRESIDENTE)

Devolvo a palavra ao eminente Relator.

DESEMBARGADOR MILTON NEVES

PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM (foi proferida a leitura do seu voto)

DESEMBARGADOR FERNANDO FERREIRA

Eu agora peço ao eminente Relator que me confirme se no seu voto, e sem adiantar minha própria opinião quanto à decisão pontual, pareceu-me muito bem posto o voto de S.Exa. o Relator, no sentido de admitir a presença da autoridade impetrada no pólo passivo da impugnação. Mas salvo engano ouvi de V.Exa. que nesse caso deverá ter sido uma determinação relatorial para citação dos Exmos. Secretários Municipais que terão subscrito o decreto. Eu explico a importância disso. É porque se a decisão da Corte se encaminha no sentido de admitir o Sr. Prefeito, não há evidentemente se cogitar da figura como litisconsorte necessário dos Secretários, os Secretários estarão na mesma posição do DIRCON e aí apenas isso propiciará o tumulto da condução do processo após a decisão sobre a manutenção ou não da liminar.

Então a minha indagação tem esse propósito. É de se eventualmente tiver sido determinada a citação dos Secretários como litisconsortes passivos, afastar essa determinação e manter no pólo passivo tão-somente a autoridade impetrada.

DESEMBARGADOR MILTON NEVES

Eu quero dizer justamente isso, que o Prefeito foi quem editou o decreto, o decreto é quem estabeleceu, só o Prefeito poderia voltar atrás inclusive.

DESEMBARGADOR FERNANDO FERREIRA

No final do voto V.Exa. referiu os Exmos. Secretários signatários do decreto como litisconsórcio necessário. É somente isso que eu queria confirmar. Salvo engano de audição.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO
DIVISÃO DE TAQUIGRAFIA

DESEMBARGADOR JOVALDO NUNES (PRESIDENTE)

Inclusive V.Exa., no voto, salvo engano, eu ouvi dizer que já determinou a citação dos Secretários.

DESEMBARGADOR MILTON NEVES

O decreto foi assinado pelo Prefeito e pelos Secretários nele indicados.

DESEMBARGADOR FERNANDO FERREIRA

Não. Isso eu ouvi. Mas a indagação é? V.Exa. determinou a citação dos senhores Secretários como litisconsortes?

DESEMBARGADOR MILTON NEVES

Eu digo o seguinte:

"Aduz a impetrante que o ato impugnado é ilegal em razão de possuir normas proibitivas de caráter absoluto, violando assim princípios constitucionais. Pleiteia liminarmente e alternativamente o retorno dos seus representados a orla marítima e faixa de areia, nos bairros do Pina, Brasília Teimosa e Boa Viagem. (...) É de saber público, confirmado pelo documento coligido as fls. 56, que o comércio realizado pelos representados/impetrantes sempre existiu nos locais acima reportados".

E mais adiante:

"A par do exposto, cuido merecer guarida o desiderato insurgente, razão pela qual concedo a liminar para que seja restabelecido o status quo ante dos representados/impetrantes a orla marítima. (...) Determino, outrossim, que a impetrante proceda no prazo de quarenta e oito horas, com a assinatura da peça preambular, visto que esta se encontra apócrifa, e no prazo de cinco dias, promova a citação dos Secretários de assuntos jurídicos de finanças e planejamento participativo, obras e desenvolvimento urbano e ambiental e o de serviços públicos. Deverá também trazer cópias da inicial e dos documentos que a integram, necessários a notificação das referidas autoridades, bem como complementar a contra tese já apresenta, sob pena de extinção do processo, sem resolução do mérito. Expeça-se em caráter de urgência ofício a autoridade coatora, a respeito do conteúdo desta decisão e sua notificação, para no decênio legal apresentar informações".



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO
DIVISÃO DE TAQUIGRAFIA

DESEMBARGADOR FERNANDO FERREIRA

Aí já me preocupa uma outra questão. Isso aí que V.Exa. leu agora foi a liminar, mas parece que a inicial não foi assinada. Aí surge a indagação: Terá sido assinada depois, no prazo que V.Exa...porque aí a decisão está diante de um processo que não existiu. Veja. Eu já tenho a opinião firmada quando a impossibilidade de manutenção dos senhores Secretários no pólo passivo. Quando V.Exa. foi ler, V.Exa. disse que deu a liminar e no final assinou prazo para que os advogados dos impetrantes assinassem a inicial. Foi uma decisão dada sem nenhuma inicial assinada. Suprível o defeito? Sim, pela outorga do prazo. Mas aí me inquieta. Quarenta e oito horas naturalmente já foram decorridas. Ele assinou a inicial? Ele supriu essa...?

DESEMBARGADOR MILTON NEVES

Assinou.

DESEMBARGADOR FERNANDO FERREIRA

Satisfeito.

DESEMBARGADOR JOVALDO NUNES (PRESIDENTE)

Ainda em discussão a preliminar de ilegitimidade passiva do sr. Prefeito. O eminente Relator rejeita essa preliminar. Tem divergência?

DESEMBARGADOR FERNANDO FERREIRA

Sr. Presidente. Em parte, sim. Aí é no que concerne a extensão do comando decisório de manutenção da autoridade impetrada no pólo passivo. Eu proponho que o órgão, que é o juiz natural, delibere no sentido da necessidade ou não da citação como litisconsorte passivo, tema de ordem pública, da necessidade ou não como litisconsortes passivos dos Secretários e signatários do decreto, que a meu ver, o voto do eminente Relator está certíssimo. O impetrado é o Exmo. Sr. Prefeito. Não há nenhuma necessidade da presença, no meu sentir, dos Exmos. Srs. Secretários. Só contribuirá para retardar a marcha da ação.

Então eu proponho que fique, limitada que seja, ineficacizada a determinação relatorial de promoção da citação dos litisconsortes passivos necessários.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO
DIVISÃO DE TAQUIGRAFIA

DESEMBARGADOR JOVALDO NUNES (PRESIDENTE)

Todos de acordo? V.Exa. concorda? Todos de acordo.

DECISÃO:

"À UNANIMIDADE, REJEITOU-SE A PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA DO SR. PREFEITO, E POR SUGESTÃO DO EMINENTE DESEMBARGADOR FERNANDO EDUARDO, EXCLUÍDOS DA DECISÃO AGRAVADA O COMANDO DE INTEGRAR A LIDE, OS SECRETÁRIOS".

DESEMBARGADOR JOVALDO NUNES (PRESIDENTE)

Devolvo a palavra ao eminente Relator.

DESEMBARGADOR MILTON NEVES

PRELIMINAR DE INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA DO TRIBUNAL (foi proferida a leitura do seu voto)

DESEMBARGADOR JOVALDO NUNES (PRESIDENTE)

O eminente Relator não conhece da preliminar de incompetência do Tribunal para conhecer, processar e julgar o mandado de segurança.

DESEMBARGADOR FERNANDO FERREIRA

Não conhece, como disse o eminente Relator, por está prejudicada pelo julgamento anterior.

DESEMBARGADOR JOVALDO NUNES (PRESIDENTE)

Então ele declara prejudicada essa preliminar em razão da anterior. Todos de acordo?



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO
DIVISÃO DE TAQUIGRAFIA

DECISÃO:

"A UNANIMIDADE, DECLAROU-SE PREJUDICADA A PRELIMINAR DE INCOMPETÊNCIA DO TRIBUNAL, EM RAZÃO DA DECISÃO TOMADA ANTERIORMENTE".

DESEMBARGADOR JOVALDO NUNES (PRESIDENTE)

Com a palavra o eminente Relator.

DESEMBARGADOR MILTON NEVES

MÉRITO (foi proferida a leitura do seu voto)

DESEMBARGADOR LUIZ CARLOS FIGUEIRÊDO

Sr. Presidente. Evidentemente que eu vou ter uma posição difícil porque tenho um entendimento diametralmente oposto ao do Des. Milton Neves e é muito difícil se ter uma posição contrária ao Des. Milton Neves, que é um símbolo deste Tribunal de Justiça, de coerência, de amizade, de honestidade, para mim um dos ídolos que eu tenho nesta Casa, mas neste caso concreto o meu entendimento é divergente. É divergente com uma série de circunstâncias como diria Ortega e Garcés, O Homem e Suas Circunstâncias, que são para mim inquietantes. A primeira delas é quando vem processo de embargo de declaração, mesmo agravo de instrumento, recurso de agravo, agravo regimental, eu fico procurando me distanciar da matéria de mérito para invadir a ela, principalmente quando está na competência do juízo de 1º Grau para não haver mesmo supressão de instância. Não é o caso concreto aqui. Mas em alguns casos a gente não consegue decidir sem que isso ocorra e chamo a lembrança dos senhores recente julgamento, final do ano passado, naquela história das farmácias que davam desconto nos preços dos remédios.

É impossível se emitir um juízo de valor num regimental daquele sem descer alguns detalhes. Este caso concreto é um caso de absoluta impossibilidade de assim se proceder, porque a imprensa, a mídia em geral, divulgou em larga escala a questão. É difícil se abstrair por completo disso. E é praticamente impossível, mas eu vou fazer o possível, de abstrair porque a questão no primeiro momento, de parte da prefeitura, foi feita de forma absolutamente atabalhoada, para dizer pouco. E já foi saindo um prefeito e deixando a situação posta para o outro, a bomba chiando na mão do que vinha administrar. No que for no meu esforço, tentarei abstrair isso.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO
DIVISÃO DE TAQUIGRAFIA

É ato arbitrário do município disciplinar por via de autorização, permissão ou concessão a prestação de serviço em via pública? Não. Obviamente não é ato arbitrário. É prática costumeira, e até invoquei antes, de que Recife vem do comercio dos navios, a primeira grande luta nossa foi a guerra dos mascates, quer dizer, sempre comércio. Comércio legal ou ilegal sempre foi a lógica e a tônica do Recife.

A tolerância com esse tipo de prática sempre existiu. Ela é errada e o poder público sempre foi tolerante com ela. Mas antes mesmo desse decreto a norma local proibia e existe órgão com competência, a DIRCON no caso, para vedar a sua prática, como há a vedação do excesso do ruído, dos *out doors* que alguns trechos que a gente pensa que estamos num túnel de tantos que são, um atrás do outro, isso sempre aí tolerado e sempre a sociedade se encantou como se normal fosse. No, entretanto é este ato decreto, este ato de efeito concreto, dentro dos limites da competência do município, que diz que chegou a hora do freio de arrumação, vamos organizar a festa. O sr. Prefeito organiza a festa dividindo circunstâncias de pessoas do ambulare diferenciados, com características diferenciadas, inclusive com suprema contradição, o ambulante fixo. A negação absoluta da origem etimológica da palavra. Disciplina.

Como é do jaez das normas locais de uso público, a você ter aqueles usos que são estimulados, permitidos e tolerados e os que não podem ser, para a convivência social, aceitos. Gera-se, após, insista-se, mau condução política, que não está em análise aqui desse processo, há algumas outras alternativas paralelas porque a coisa foi feita meia que de sopetão. Vamos qualificar, vamos gerar empregos, quer dizer outras alternativas, mas algumas que continuarão por maior que seja o esforço dessa ou de qualquer outra administração, sendo absolutamente intoleráveis numa convivência de uma sociedade que se diz civilizada. Alguém com um bocado de carvão vendendo, por exemplo, espetinho ou cachorro quente, jogando fumaça e fálscia de carvão de pedra, nas pessoas que estão na praia ou nas calçadas. Não tem como ser tolerado.

Houve abuso de autoridade do município? No meu modo de ver, de maneira alguma. Quer dizer, eu entendo bem as razões sócio-econômicas colocadas pelo Des. Milton Neves porque evidentemente há uma crise. Penso eu que talvez se isso não tivesse sido concedido de primeira, a pretensão, se tivesse sido dado prazo para o município se pronunciar, provavelmente pode ser melhor sopesada a questão. Agora nós temos condições de sopesar. O que se está querendo? É simplesmente atacar a autorização a essa liberalidade, que no meu modo de ver, Des. Milton, com a devida vênia, não facilita o entendimento entre as partes. É exatamente no meu modo de ver, diametralmente oposto. Ao contrário. A concessão radicaliza posições e impede, porque veja, as posições eram radicalmente contra. Outro dia alguém falou que era 360° e eu soltei na brincadeira – voltou para o mesmo canto. Não é isso, mas estava em ponto divergente. A prefeitura foi chegando e concedendo algumas outras alternativas para viabilizar o sustento e a vida daquelas pessoas que ali labutam.



220

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO
DIVISÃO DE TAQUIGRAFIA

A partir do momento em que disse não, é não. Diz sim, passa a que os ambulantes radicalizem porque parece ser direito líquido e certo dele descumprir a lei. Tem permissão? Não. Tem concessão? Não. Tem autorização? Não. A prefeitura pode fazer? Pode.

Bom, os pressupostos no meu modo de ver estão absolutamente incompletos e lamentando ter que divergir da posição de V.Exa., eu tenho o entendimento diverso.

DESEMBARGADOR FERNANDO FERREIRA

Nós estamos julgando o mandado de segurança. Não consigo visualizar a manutenção da liminar hostilizada no agravo e daqui a um ano, o julgamento do mandado de segurança. A ação está sendo julgada hoje, então é preciso termos comedimento, paciência e verticalizarmos o assunto. A pergunta inicial que faço a S.Exa. o eminente Relator e é sincera e honesta porque não está na pauta, é feito fora de pauta. Qual a razão social, qual a denominação do sindicato ou associação impetrante?

DESEMBARGADOR MILTON NEVES

Associação dos Comerciantes de Lanches em Automóveis Motorizados no Estado de Pernambuco.

DESEMBARGADOR FERNANDO FERREIRA

Está bem. Já estou satisfeito. A Associação de Lanches em Automóveis Motorizados e eu ouvi da tribuna o jovem, e muito proficiente Procurador do Município, referir que no fundo a pretensão é de proprietários de estabelecimentos de lanches em automóveis motorizados de exercerem a mercancia fixa.

Des. Luiz Carlos, a contradição está aí. Eu tenho automóvel motorizado, mas quero botar meus bancos, não pago IPTU, não pago minha conta de luz, não pago ISS. Venho com o meu carro, ponho, pego a vaga de estacionamento, espalho os meus bancos, minhas mesas, ponho na calçada, quem estiver fazendo o passeio, vai ter que desviar. Eu não estou inventando. Nós vemos isso. Eu só lamento que essa iniciativa não tenha sido tomada pelo Município de Olinda, onde eu moro, porque eu vejo isso lá na minha orla, o presidente vê isso na orla. Eu caminho na rua porque na calçada é inviável porque está tomada pelas kombis, pelos carrinhos.



222

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO
DIVISÃO DE TAQUIGRAFIA

Ora, não é isso, não é essa indiossincrasia que me move a me manifestar dessa forma. Não é isso. O que eu penso é que diferentemente do eminente Des. Relator, não se está a estabelecer tratamento isonômico. Com relação aos comerciantes, esse sim, dos quiosques que pagam seus tributos, que pagam suas despesas, e simplesmente porque há um desemprego, eu estou no direito independente de qualquer formalidade.

Perdoem-me. Mas só uma grandeza de espírito, que eu não a tenho, como diz o Des. Milton Neves, é capaz de privilegiar ou malestar, que possa gerar a impossibilidade de comercializar em ponto fixo, dos representados da impetrante, ao invés de fazer circulando, porque eu ouvi da tribuna, o jovem Procurador disse que o que o município quer é ordenar. Esse quarto grupo circula, não na areia. Eu não gostaria, como usuário, de estar na areia e lá vem uma Kombi com lanche, correndo o risco de passar por cima de mim, oferecendo-me lanche. Não, eu não gostaria.

Então é razoável que proprietários de lanchonetes em automóveis motorizados não tenham acesso a areia, a orla propriamente dita. Mas do que razoável. É razoável que quem comercialize na areia, não manipule alimentos. O Procurador disse da tribuna. A razoabilidade é total. Não é só o carvão que é o dejetos da atividade não. É o perigo da manipulação de alimentos com bujão de gás e a salubridade da atividade. Então isso é totalmente desaconselhável.

Então vamos circunscrever a questão no seu ponto nodal. A Corte entende ser possível a proprietários de automóveis, vamos supor, a compulsória me atinge e eu sem ter o que fazer e por acaso tenho uma Van, adapto uma lanchonete e vou com a lanchonete por lá. É razoável isso? Eu já não estou achando nem que aquela questão que a razoabilidade não informa ao mandado de segurança. É que não há a menor possibilidade de se entender isonômico um tratamento que privilegie uma associação representativa de proprietários de lanchonetes em veículos motorizados a continuarem a fazer o que vinham fazendo em qualquer circunstância, sob qualquer panorama político, ao viés de qualquer ideologia. Não é possível. Isso é política social administrativa. Competência do Executivo. Ao Judiciário, penso eu modestamente, que é vedado incursionar nesse mérito. A política é do Executivo.

De sorte que eu peço vênha por ter me alongado nessa manifestação, a minha dúvida inicial foi atendida, mas é que é preciso aplacar meu coração que sempre sofre diante da grandeza do coração do Des. Milton Neves. Eu sempre saio pensando que sou muito perverso e nesse caso eu estou convencido que eu sou normal, o Des. Milton Neves é que é grande demais.

DESEMBARGADOR EDUARDO SERTÓRIO

O Des. Luiz Carlos me perdoe, mas realmente é necessário haver o desdobramento, haver as considerações para reflexão e por isso o Grupo de

NT - SIMONE -



222

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO
DIVISÃO DE TAQUIGRAFIA

Câmaras sempre é muito rico. Estou participando no 2º, no 1º Grupo aqui e há essas considerações que V.Exa., apenas eu reclamei porque o Des. Luiz Carlos realmente votou, ele fez o voto. Eu também tenho consideração a fazer. Agora, é lógico que tem os esclarecimentos e as considerações. Foi pertinente a abordagem de V.Exa., não tenho dúvida nenhuma e o presidente vê quem está na hora de votar. O que V.Exa. trouxe alguns tópicos nodais, como V.Exa. falou, no aspecto da intervenção. Será que o Judiciário estará intervindo na administração municipal? É o caso. Eu queria somente deixar claro isso, que eu não me irresignei que o Des. Luiz Carlos votou. Eu preciso dos esclarecimentos necessários e a intervenção de V.Exa. foi pertinente.

DESEMBARGADOR JOVALDO NUNES (PRESIDENTE)

Continua em discussão.

DESEMBARGADOR MILTON NEVES

Eu queria só fazer um adendo. Quando eu falei aqui a respeito do direito daquele que na verdade está desempregado e tem também dessas pessoas ali vivendo do resultado do produto daqueles espetinhos, como chamiam, está dependendo o colégio das crianças amanhã, está dependendo até a fonte de alimentação de famílias, eu não disse que a Prefeitura deveria ficar alheia àquele momento. Pelo contrário. Eu digo aqui que:

"Em princípio as razões apresentadas pelo município para diferenciar e vedar o comércio dos vendedores de espetinhos, sugerem precisamente a necessidade de certa disciplina e fiscalização pelo órgão competente nos moldes das demais categorias a fim de que o comércio por eles praticados seja adequado as normas de trânsito ambientais e não a sua completa exclusão, como transparece na norma que sustenta o ato impugnado e que nesse caso não teve a sua aplicação flexibilizada".

Então eu quis dizer justamente isso. Conversando com os eminentes Procuradores que me procuraram, eu expus justamente isso a eles. Havia uma preocupação que seria o disciplinamento daquele trabalho desenvolvido ali. Quero somente colocar isso para que não pense que eu estou simplesmente... A minha preocupação é com a forma. De repente diz assim: vocês não vão mais trabalhar aqui. E acabou. Tiram-se as pessoas aí. Eu acho que é para que a gente também matute em cima.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO
DIVISÃO DE TAQUIGRAFIA

DESEMBARGADOR BANDEIRA DE MELLO

Eu tenho uma solicitação a fazer e para a minha convicção ele é importante. Eu gostaria que V.Exa. , Des. Milton, lê-se mais uma vez o texto do decreto do município que estamos a discutir, na parte que interessa. Qual é o conteúdo dele?

DESEMBARGADOR MILTON NEVES

O art. 1º de decreto, ele diz:

"Fica proibido qualquer tipo de comércio no passeio público situado na orla marítima dos bairros do Pina, Brasília Teimosa e Boa Viagem, à exceção do comércio praticado nas edificações tipo quiosque, bares e restaurante legalmente autorizados".

DESEMBARGADOR BANDEIRA DE MELLO

E é esse o dispositivo objeto da impetração?

DESEMBARGADOR MILTON NEVES

Exatamente.

DESEMBARGADOR BANDEIRA DE MELLO

Estou satisfeito, Sr. Presidente.

DESEMBARGADOR FERNANDO MARTINS

Somente uma pergunta para esclarecer. Pelo que eu li aí do art. 1º do decreto, na areia pode?

DESEMBARGADOR SÍLVIO BELTRÃO

Pode.

DESEMBARGADOR FERNANDO MARTINS

Estou satisfeito.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO
DIVISÃO DE TAQUIGRAFIA

DR. PAULO GESTEIRA COSTA FILHO (OAB/PE 23665)

São questões de fato. Realmente esse art. 1º ele veda o comércio apenas no passeio público, salvo o quiosque que é no passeio público e lá você poderia comercializar.

Há um outro artigo, o 7º, salvo engano, que ele traz outras vedações. Lá você vai encontrar vedações a comércio de alimentos manipulados e outras vedações e há também um regramento específico sobre a necessidade de patronização do comércio de bebidas, por exemplo. Quanto ao comércio de bebidas tem um artigo específico lá que diz que isso será objeto de regulamentação e a Prefeitura, como foi explicitado aqui na sustentação oral, nós trouxemos aqui o tratamento que a Prefeitura tem dado a cada um dos grupos. Então apenas o art. 1º veda no passeio público, mas no art. 7º você tem outras vedações.

DR. FERNANDO PINTO DE ARAÚJO NETO (OAB 25231)

Só para prestar esclarecimentos. Sobre a questão instrumental do processo, no que diz respeito a possibilidade de interpor mandado de segurança em nome de uma associação – Associação dos Comerciantes em Veículos Automotivos do Estado de Pernambuco, no parágrafo 1º do estatuto, constam também como afins, porque a atividade se desenvolveu e a questão do trânsito ela já é respeitada há bastante tempo.

Então quanto a essa questão acredito que não existe mais dúvida. Foram inclusive acostadas a última alteração do estatuto e as atas que modificaram o estatuto. Em relação ao que foi tratado e as dúvidas que foram suscitadas para que a segurança seja mantida tanto de forma absoluta foi subsidiariamente que seria a permanência do comercia ambulante na areia independentemente de transitarem com veículos ou não. Logicamente que o trânsito de veículos ele é proibido.

Portanto, como o estatuto tem como afins ambulantes e dogueiros, então acho que não existe mais nenhuma dúvida. Em relação à proibição Exa. o art. 7º ele faz outras proibições, ou seja, ele proíbe qualquer manipulação de alimentos. O que eu quero dizer é o seguinte: desde a manipulação simples a manipulação complexa, ela é proibida, Inc. I e IV.

DESEMBARGADOR JOVALDO NUNES (PRESIDENTE)

Muito obrigado. Des. Eurico, como vota?



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO
DIVISÃO DE TAQUIGRAFIA

DESEMBARGADOR EURICO DE BARROS

Eminentes Pares,
Sra. Procuradora.

Eu, o Des. Fernando Cerqueira, o Des. Sílvia Beltrão, pelo menos eu, poderia me considerar parte ativa nesse processo porque nós moramos na Av. Boa Viagem. Conhecemos a situação de perto, temos conhecimento de causa da realidade, lembrando que estamos julgando um despacho, uma decisão liminar do Des. Milton, o que dentro da abordagem da apreciação do *fumus boni iuri* e do *periculum in mora*, ele decidiu favoravelmente ao pleito perseguido.

Quero dizer que, lembrando que o Brasil, uma das democracias do mundo, é onde existem as maiores distorções, ou seja, uma das maiores democracias nas maiores distorções do mundo. Certa vez um cidadão francês me perguntou como era possível viver tão impassível diante da miserabilidade ali na sua frente e você não fazer nada? Mas não é querer fazer, pelo menos querer fazer, mas não quer fazer nada, não puder e não querer. E é mais ou menos o quadro que está delineado aqui, meus senhores.

Eu ia parabenizar o Des. Milton tão-somente quando saiu a matéria que eu vi no jornal, mas essas coisas, nós como magistrados é até perigoso porque poderia alguém fazer isso de público, aí estariam arguindo minha suspeição. Moro num local onde existem os espetinhos, proliferam os espetinhos e não posso ficar inerte a situação fática e abordar os aspectos legais. Foi cognominado em artigo no Jornal do Comércio do decreto da maldade. Não sou eu quem está dizendo. O jornal nominou no artigo de fundo.

E aí diz a Prefeitura em suas razões:

"É cediço que a elaboração de espetinhos libera grande quantidade de fumaça decorrente da gordura dos alimentos, prejudicando diversos moradores e transeuntes. Esse efeito é verificado tanto no calçadão, como na faixa da areia".

O Des. Milton abordou e voltando para o objeto do julgamento, a decisão do Desembargador foi acertada, enfocando o *periculum in mora* e *fumus boni iuris*. E o que foi que aconteceu? Primeiro a proibição total, moro lá e sei que no domingo e no final de semana ninguém pode comerciar, nem aqueles detentores do camarãozinho, da pipoca, do amendoim. *Periculum in mora*, aí já houve a irreversibilidade. Passou uma semana as famílias sem ter do que se alimentar. Aí vem a proibição. Aí é que está questão nodal, proibição absoluta do comércio do espetinho. E aí para reflexão a indignação do francês. Chega à minha casa de vez em quando um cheirinho de churrasco. Dentro das duas questões postas eu acho que pior é fazer um banheiro, como estão fazendo, a menos de vinte metros, dos edifícios.



226

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO
DIVISÃO DE TAQUIGRAFIA

Quero dizer que coibir, proibir, não. Regulamentar, porque hoje V.Exa. passam lá na orla e já tem os espetinhos após a banqueta. Tem que regulamentar porque se não o transeunte não pode caminhar. Mas estão após as banquetas, como deveriam ser os banheiros, ou seja, regulamentar. Coibir sistematicamente de forma absoluta e de forma com está sendo feito, se prosperar o julgamento aqui, proibindo definitivamente vai realmente deixar várias famílias em necessidade e, mais uma vez, nós estamos apreciando a liminar, na qual o Des. Milton bem ressaltou, o *periculum in mora* inverso.

Deixemos para o mérito, dar tempo ao tempo, para possibilitar a regulamentação. O que na minha ótica poderia acontecer? O cidadão está lá insistindo e a Prefeitura deveria primeiro instruir porque a lei *lato sensu* tem a finalidade do bem social. Entre um cidadão que mora onde eu moro e acha que não tem o direito de ter um cheirinho de churrasco, é melhor ele não sentir aquilo, que perturba ele, e deixar uma família na miséria, eu fico com o cheirinho de churrasco. Quem quiser que pense diferente. Aí vem o que já foi enfatizado aqui – o coração desse eminente Desembargador e jurista e aqui mais uma vez repiso. Sinto-me realmente sensibilizado e honrado de ter a privada amizade desse eminente Desembargador, pela sua sensibilidade.

O Des. Ferreira gosta muito da terminologia jurídica – é o *feeling* do magistrado, o sentimento que o magistrado precisa ter hoje. Está na doutrina, na jurisprudência essa palavra e isso o Des. Milton, o *feeling*. É palpável nele. Esse decreto é maior do que a realidade social.

Há o perigo da distinção dos comerciantes que o Des. Milton falou, a política que sempre impera, privilegiar um em detrimento de outros, V.Exa. Visualizou isso, e para não me demorar, estamos em sede de liminar, acho que o município agiu sem razoabilidade e de forma desproporcional nas circunstâncias, o que regularmente e delineie lá o comércio, mas não coibir drasticamente.

Mais uma vez, repito, se nós prosperarmos esse julgamento no sentido de cassar a liminar do Des. Milton, estaremos deixando várias famílias privadas do sustento e essa decisão é irreversível porque não há como ressarcir. Quando é que nós vamos julgar o mérito desse mandado de segurança? Ninguém sabe. Daqui para lá, o que poderá acontecer?

Então, diante desses dois princípios jurídicos, dessas duas situações, eu realmente acompanho integralmente o voto de S.Exa. o Des. Milton Neves, Relator do Agravo Regimental.

DESEMBARGADOR BANDEIRA DE MELLO

Sr. Presidente. Meu convencimento, como eu creio que é do meu dever, é de ser fixado em torno das balizas jurídicas das questões, as quais não são estranhas,



227

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO
DIVISÃO DE TAQUIGRAFIA

os elementos sociais até por determinação jurídica da lei de introdução ao Código Civil.

Mas, no âmbito das balizas jurídicas, o que eu visualizo no decreto apontado como coator, é o que aparentemente é uma superfetação porque acredito que o que a Prefeitura está agora proibindo por intermédio desse decreto, ou bem já foi desde sempre proibido, ou ela não poderia proibir por decreto em face do princípio constitucional da legalidade.

Impressionar-me-ia se a impetração tivesse vindo calcada na alegação de excesso do poder regulamentar, invasão da competência da lei em sentido material. Mas não é isso que pude extrair das discussões. A fundamentação está calcada de um lado, na isonomia e na razoabilidade e eu não enxergo na leitura do decreto, e observo até para o conhecimento de V.Exas., que o texto do art. 7º, que é o que parece, que alcança de maneira mais drástica os associados da impetrante, diz que:

"Ficam proibidos no trecho que compreende a faixa de areia, jardins, ciclovias, passeios públicos, baias/baixas e mureta da orla marítima que margeia a avenida Boa Viagem e a av. Brasília Teimosa, seguintes atividades:"

Aí vem uma série delas que nada tem a ver com a discussão vertente, a exemplo de perfuração de poços, poda de árvores, distribuição de panfletos, ponto em que a meu ver ela incide aí claramente em excesso de poder regulamentar.

Mais aí vem:

"Preparo e manipulação de alimentos".

Muito embora aqui esteja com essa fórmula, essa expressão, que é mais ampla do que o preparo e a manipulação de alimentos com finalidade comercial, isso está posto. Se se vem argüindo como elemento da impetração de que essa vedação seria ilegal por ser hospedado em decreto, isso me impressionaria. Não pela irrazoabilidade porque é razoável, segundo me parece, que o poder público, pelo veículo adequado, restrinja o preparo e a manipulação de alimentos em uma área que é de uso comum do povo e aí essa questão da utilidade social por parte do bem de uso comum do povo deve ser pensada realmente visando o interesse da maioria, não de um determinado prestador de serviço ou de um determinado consumidor de um serviço ou de uma atividade.

De modo que não vislumbro aqui é a relevância da fundamentação suficiente a justificar a concessão de liminar, que na prática, cujo efeito prático, será o de permitir o desenvolvimento de atividades comerciais que envolvam preparo e manipulação de alimentos na avenida Boa Viagem, compreendido aí o trecho de praia, a ciclovia e a parte de Brasília Teimosa.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO
DIVISÃO DE TAQUIGRAFIA

Entrar nessa discussão do controle, muito embora seja possível juridicamente controlar pelo princípio da proporcionalidade o eventual excesso legislativo, seja ele de lei formal ou material, ou do excesso do poder regulamentar, inclusive quanto a razoabilidade, hoje há uma tendência, vamos dizer assim, do moderno constitucionalismo ou administrativismo de ampliar o alcance da intervenção judicial nesse âmbito, mas nem assim sobretudo em juízo primário, de cognição sumária, eu não visualizo vício do decreto a esse título. O que eu visualizo e aqui de alguma maneira quando o Tribunal se manifesta, manifesta-se como poder do Estado, é que a atividade foi, muito embora sem previsão legal, tolerada e tolerada significa dizer implicitamente, incentivada, porque na medida em que se desenvolve ao longo dos anos uma atividade comercial num ponto de visibilidade no qual na cidade do Recife não existe nenhum maior, não existe na minha concepção nenhum ponto de visibilidade maior do que o que se passa na avenida Boa Viagem, nos finais de semana.

Isso se passou ao longo dos anos e nenhuma providência repressiva foi tomada. Interpreto esse decreto como uma mudança de rumo na política administrativa que vinha sendo praticada até então, omissiva e ilegal, porque havia que ser feita a repressão a tempo e modo, a fim de que essas pessoas procurassem também a tempo e modo, organizar as suas atividades produtivas em algo que fosse enquadrável dentro do regime da legalidade. E aí são pertinentes as observações do Des. Eurico, pertinentes as observações do Des. Milton Neves quanto ao caráter irrazoável do *modus operandi* desta alteração de política da municipalidade em relação a disciplina do comércio na praia de Boa Viagem.

Ela, a municipalidade, pela sua omissão é responsável assim como foi o Estado e o Município, pelo problema das Kombis, tornou-se um problema grave, que não começou grave, tornou-se grave pela omissão no exercício do seu poder de polícia, do qual hoje o município está tão cioso.

Mas esta é uma avaliação de política institucional, não me cabe fazer. Cabe a sociedade como um todo interagir com esta circunstância específica. Não creio que deva eu, como julgador, à propósito de um equívoco por omissão praticada ao longo dos anos, justificar que ele permaneça doravante.

De modo que, pedindo vênias e sempre triste porque não há quem dissinta do eminente Des. Milton Neves, se não com tristeza, mas pedindo vênias, eu dou provimento ao agravo regimental em ordem a cassar a liminar.

DESEMBARGADOR EURICO BARROS

Quero só deixar bem claro o meu voto. Eu fui contra a proibição absoluta, coibir, do jeito que está o decreto. Agora tem que regulamentar. Logicamente nós não estamos com ingerência no poder público. Estamos, como se diz, lapidando a legislação, somente isso. Porque também não pode do jeito que está. Ou seja, se o cidadão não obedece a regulamentação, aí sim, ele é afastado da atividade, mas tem que dar uma chance e não de repente baixar um decreto para vigorar,



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO
DIVISÃO DE TAQUIGRAFIA

muda o governo, e proíbe sistematicamente até os ambulantes, do modo como aconteceu. Queiro deixar bem claro isso. Proibição absoluta, não. A regulamentação tem que haver.

DESEMBARGADOR FERNANDO CERQUEIRA

Sr. Presidente,
Srs. Desembargadores,
Sra. Procuradora.

Presente mais uma vez de que nós estamos aqui apreciando um regimental contra uma decisão interlocutória proferida pelo eminente Relator do mandado de segurança, Des. Milton Neves e como nós já chegamos a esse ponto como bem colocou o Des. Fernando Ferreira, nós já estamos aterrizando na questão de mérito do próprio mandado de segurança.

Mas tomando por empréstimo todas as considerações feitas pela intervenção do Des. Luiz Carlos Figueirêdo, do Des. Francisco Bandeira de Mello, e entendendo que o decreto do sr. Prefeito do Município, ele se encontra dentro dos princípios norteadores da legalidade administrativa. Não se pode dissociar essa questão e ao julgador lhe é limitado apenas apreciar a questão da legalidade do ato administrativo do sr. Prefeito, através do decreto, ao que me parece está disciplinando a questão dos ambulantes e comerciantes, de que, como ele trata sobre eles, são os comerciantes fixos que preparam os produtos. Neles estão os espetinhos, hot dogs, crepes, camarão, etc.

Enfim. Eu dou provimento ao regimental, pedindo vênias ao eminente Des. Relator, Des. Milton Neves, que me merece todo o respeito, e acompanho a dissidência aberta com o voto do Des. Francisco Bandeira de Mello.

DESEMBARGADOR LUIZ CARLOS

Des. Presidente. Terminado a leitura do voto pelo eminente Des. Milton Neves, aberta a fase de debates, eu, no uso regular dos atributos que me é dado como Desembargador, comecei a argumentar e por ter uma opinião divergente de S.Exa., não tinha outro caminho se não aprofundar os argumentos para mostrar que não cabe ao Poder Judiciário fazer política social pública, nem política social compensatória ou supletiva. Infelizmente avancei no mérito, mas não tinha outro caminho que não fosse assim. Não tinha outra saída. Excedi-me quando, ao final da fala, disse: voto pelo provimento. Não fora isso e já me penitenciei, torno a pedir desculpas a S.Exas. e aos presentes por essa última frase, e não porque eu não devesse apresentar argumentos que eram divergentes do Des. Milton Neves e do Des. Eurico. Mas para mostrar que o ato do sr. Prefeito foi de estrita legalidade e que a tolerância e a omissão do passado não pode servir de supedâneo e de garantia para práticas ilegais possam ser coibidas. No entanto o



230

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO
DIVISÃO DE TAQUIGRAFIA

Des. Fernando Ferreira chegou até a lembrar de atos ilícitos, roubo, furto, serem tolerados porque o assaltante sustenta a família.

Eu até ia invocar um outro exemplo, porque passou hoje no NE TV, os carros do Tribunal aqui em fila dupla. Era um uso tolerado aí, não meu, o motorista que dirige o meu carro foi diretamente avisado – é muito mais do que você pagar a multa. Se o meu carro for encontrado na calçada ou fazendo fila dupla aqui, você será exonerado. Mas era um uso tolerado. Mas é mais do que isso ainda. É que há uma resolução do CONTRAN, não sei se V.Exas. sabem que vai proibir esse uso, mesmo que fosse fila única, coladinho aqui ao lado, a partir de dezembro vai proibir esse estacionamento e de tantos outros usos para determinadas categorias que tem, por ser autoridade, a pretexto de segurança pública, podem ter esses estacionamentos ditos especiais.

E eu estou fazendo esse paralelo por uma razão muito simples. É porque houve o bom censo do CONTRAN e estabeleceu um prazo de *vacatio*, não estou falando da atividade legal não. A ilegal é expurgada mesmo. A fila dupla, a tripla, às vezes, não tem como se tolerar. Mas a tal tolerada deu-se um prazo, faltou, perdoem-me os representantes do quadro enorme de Procuradores do Município, aqui presentes, na pessoa do Dr. Ricardo eu saúdo a todos, faltou um pouco de engenho e arte. Eu sei que às vezes não cabe à Procuradoria, tem que cumprir a determinação para estabelecimento de prazo, circunstâncias e condições da executoriedade da norma. Nada, além disso. Mas também não cabe ao Judiciário apreciar conveniência e oportunidade. Isso é alheio a nossa apreciação como é alheio fazer política pública.

Infelizmente o que está em jogo é ato legal, sim. A prática era abusiva e indevida sim e, portanto, eu dou provimento ao regimental para fins de cassar a liminar que havia sido concedida, acompanhando a dissidência que foi instalada pelo Des. Bandeira de Mello. É assim que voto.

DESEMBARGADOR FERNANDO MARTINS

Sr. Presidente, ouvi os eminentes Pares que me antecederam e a dissidência instaurada pelo eminente Desembargador Bandeira de Mello. Talvez até ele estranhe o meu voto, e explico o porquê. E aí a única coisa que eu discordaria do eminente Desembargador Luiz Carlos e a questão política partidária, mas no dizer de Aristóteles, o homem é um ser eminentemente político. Então dentro dessa visão ele jamais vai poder desassociar nas suas invocações de decisões médicas jurídicas, arquitetura, como Niemeyer sempre faz, solta no fundo a sua posição Maxista, e tantas vezes aqui eu tenho me posicionado também, todos conhecem minha posição filosófica que antigamente se chamava de 'Esquerda'. E não abro mão dela, porque isso é uma questão filosófica, de ideal. Mas nem por isso, nenhum regime que você tivesse o anarquismo na forma de governo, que era a forma de governo e não desgoverno, você poderia deixar de seguir as normas, evidentemente com determinadas cautelas, que aí bem disse o Desembargador



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO
DIVISÃO DE TAQUIGRAFIA

Luiz Carlos, para se ordenar, que não foi dada a *vacatio legis*, mas que venha a ser ordenado. No passado tivemos isso no comércio aqui, que depois ficou outra balbúrdia, mais o Camelódromo, etc., essa questão aí, aliás, é de política partidária, de conveniência política e a gente não tem porque entrar nisso.

Mas eu digo que, embora assim me posicione, no modo *vivendi*, eu também no que diz respeito ao que o Desembargador Eurico falou, vem-me essas preocupações porque não, e sempre, sempre, sempre eu me preocupo a quantas vezes de ser intolerante, talvez, para alguns colegas nessa minha posição.

Mas a questão aqui é de reordenar, porque como disse, se nessa posição, vamos dizer, que estivesse além de *Bacuí* ou de *Malatesta* nos seus regimes políticos anárquicos, seria, como disse, à falta de poder, seria exatamente o caos, a desordem e citou até um ensaio de uma cegueira que nos conhecimentos de Saramago, tanto no livro quanto no filme, que aliás expressou muito bem o que acontece na ausência do poder. Evidente que nós temos que nos preocupar, e aí eu tenho certeza, eu conheço porque a Prefeitura mesmo demonstra, e aí, particularizando um posicionamento social, uma preocupação muito grande, nós sabemos, e haverá de alocar onde se tirou de palafita no passado, se levou para prédios etc., etc., então nós notamos que também há uma preocupação, então não vou ficar com drama de consciência porque sei que muitos daqueles que ali estão perderam seus empregos, primeiro conheci muita gente do BANDEPE, quando acabou o BANDEPE, não tinha para onde ir, comprou uma VAN e ali colocou.

Mas na verdade essa falta de ordenação, talvez esta omissão do próprio poder público nesses anos anteriores tenha levado ao estado que chegou. Como falei, isso aí implica em diversos prejuízos para o Estado também. Mas tenho certeza que esta preocupação maior, e tem até pessoas amigas que nesses anos todos lá em Boa Viagem, são pessoas que servem hoje em dia ordenado, as cervejas que era em garrafa, como disse, mas agora é em lata, entendeu? Então, conheço essas pessoas e sei das dificuldades, que criaram filhos com aquilo, etc., mas já foi ordenada aquela parte. Essa poderá ser ordenada, e aqui mesmo foi dito da tribuna, com padronizações, etc., etc. Esses aspectos todos que eu falei ficam assentados porque não houvesse legalidade do Município no seu agir, no seu poder de polícia ser exercitado, que fugisse ao imperativo da norma de postura municipal, evidentemente que eu me colocaria contra, mas a legalidade que bitola o atuar do município deixa-me, após essas considerações anteriores, tranquilo, para, pedindo vênias ao eminentíssimo Desembargador Milton Neves, meu amigo e com voto judicioso, mas acompanhar a dissidência para dar provimento ao Agravo Regimental.

DESEMBARGADOR SÍLVIO BELTRÃO

Sr. Presidente, até em razão desses esclarecimentos com a conclusão dada pelo Desembargador Fernando Martins, de dar ou negar provimento ao Regimental,



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO
DIVISÃO DE TAQUIGRAFIA

daí poder-se-ia se tirar de que - eu não vi ninguém falar - é que se daria provimento ao Regimental para cassar a liminar lançada pelo Desembargador Relator. Todavia, o que eu constato aqui e agora é que nós através de julgamento de Agravo Regimental já estamos julgando o mérito do Mandado de Segurança. Isso é que me assusta. Assusta-me porque o simples Prefeito não ofereceu - eu disse simples Prefeito porque é um rapaz simples, modesto, educado que eu podia até compará-lo até com o próprio Relator, se confundir, pela simplicidade do Prefeito. Ele simplesmente não respondeu nem o Mandado de Segurança, e nós estamos adentrando ao mérito do Mandado de Segurança para revogar ou cassar a liminar concedida pelo Desembargador Milton Neves.

Acontece que na apreciação meritória que estamos fazendo, nós não observamos de que esse Decreto, como disse o Desembargador Fernando Martins, não teve nem a *vacatio legis*, porque ele poderia proibir tudo isso que ele proibiu desde que desse um prazo para que cada um se reorganizasse ou se adaptasse aos termos do Decreto. Porque desde que eu me entendo de gente isso sempre aconteceu não só na praia de Boa Viagem mas em todas as praias como Serrambi, em Olinda, como disse o Desembargador Fernando Martins, e essas vendas são ocasionadas e são realizadas por pessoas que não tem emprego, que necessitam do custeio de uma atividade comercial, simplória também, para ater o sustento de sua família.

Não me preocupei com o fato da possibilidade da fumaça do carvão, nem da possibilidade de um boião de gás estourar, porque a gente tem notícia de que os bojões de gás tem estourado em residências, em fábricas e outras coisas mais. Todavia, eu entendo aqui como uma questão de cunho social muito relevante, e que atrai a questão política não somente social. Por que não somente social? Porque o Prefeito que assinou esse Decreto passou 8 anos no cargo e não tomou essa decisão, ele tomou essa decisão faltando apenas 3 dias para entregar o cargo ao seu sucessor, como quem diz: - Vou te entregar a batata quente. Agora te vira. Por que? Porque ali também além da questão social sugeria uma questão política. Eu tenho minhas dúvidas, como já disse, se o Prefeito seria capaz de assinar um Decreto dessa ordem antes da eleição. Um mês antes da eleição. Eu tenho certeza que não assinaria, e tanto não assinaria que assinou somente quando faltavam 3 dias para ele terminar o seu segundo mandato.

Pedindo vênias até ao entendimento dos que me antecederam, eu acho que como primordial, em primeiro passo, é que nós não podemos através de um Regimental julgar já o mérito do Mandado de Segurança que não foi nem respondido.

Por isso, Sr. Presidente, eu acho, o Desembargador Eurico falou que morava lá na Avenida, Fernando Cerqueira também, nosso querido colega, por sinal, também mora, como eu moro, e eu acho que quem causou mais problemas naquela Boa Viagem foi a Ciclovía. Além de perder um espaço valiosíssimo nós, eu que ando todo dia no calçadão, constato que quase que diariamente há colisões dos pouquíssimos ciclistas que trafegam naquela ciclovía, porque normalmente ele atropela quem passa. E a utilidade dessa ciclovía é nenhuma.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO
DIVISÃO DE TAQUIGRAFIA

Eu posso dizer porque moro lá há mais de 10 anos e não vejo. Enquanto que essa aqui tem uma finalidade social gritante daquelas pessoas que não tem um emprego, e então eles vão buscar o pão de cada dia vendendo suas cervejas.

Eu não entendo, Sr. Presidente, como através de um Regimental, possamos adentrar o mérito do Mandado de Segurança. Por isso acompanho o Relator, negando provimento.

DESEMBARGADOR LEOPLODO RAPOSO

Sr. Presidente, suscitei de início a extinção do processo indeferindo a inicial por ausência de prova preconstituída. Os eminentes Desembargadores Milton Neves, relator e Sílvio Beltrão e Eurico Barros fundamentaram o voto realçando a questão social que esse Mandado de Segurança encerra. Fez-me lembrar, o voto do Desembargador Eurico Barros, o que falou o saudoso Pau Freire, grande educador pernambucano, fazendo uma palestra para operários que residiam em favela, o Paulo Freire teria dito: *"Desonroso não é ser favelado, desonroso é viver bem e nada fazer para minimizar as causas que geram as favelas"*.

Na verdade o problema social é um problema que sensibiliza todos nós, mas permitir que determinadas atividades possam ser desenvolvidas a revelia das normas municipais nós não estaríamos promovendo o desenvolvimento social por este caminho. A questão, Sr. Presidente, reconheço que é uma questão intrigante e eu pretendo até pedir vista dos autos para possibilitar que as partes, ambas as partes enquanto o processo cheguem às minhas mãos com as Notas Taquigráficas, como inclusive eu sou coordenador geral das centrais de conciliação e mediação, há possibilidade de as partes chegarem a um denominador comum. Eu, portanto, peço vista dos autos com as Notas Taquigráficas, e o Desembargador Fernando Ferreira poderá antecipar o seu voto.

DESEMBARGADOR MILTON NEVES (RELATOR)

Eu quero parabenizar o Desembargador Leopoldo por essa iniciativa. Acho que na verdade nós temos que as vezes de transcender, fazer mais do que aquilo que nos cabe. É nossa tarefa justamente propagar a paz e a justiça e eu parabenizo a Vossa Excelência por essa iniciativa. E digo mais, ainda, eu também, se Vossa Excelência permitir, coloco-me a disposição também para mediar essa questão, juntamente com os Procuradores, naquilo que tiver necessidade, o meu gabinete está justamente a disposição.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO
DIVISÃO DE TAQUIGRAFIA

DESEMBARGADOR FERNANDO FERREIRA

Eu vou antecipar o meu voto porque simplesmente o Regimento assegura a qualquer de nós essa prerrogativa. Não tem sentido eu estando absolutamente convencido da minha posição eu não proferir voto e quando Vossa Excelência trazer pedido de vista eu eventualmente até não está no órgão e meu voto não ser computado. Se Sua Excelência conseguir êxito na mediação em sede de Mandado de Segurança, conciliar poder público em sede de Mandado de Segurança eu vou aplaudir; se não conseguir, trazer o voto vista, eu o ouvirei, se trazer elementos que me convença do contrário eu evoluirei.

Ouvi atentamente todos assim como todas as manifestações. Saio daqui com a convicção de que se mais sete anos de exercício de magistratura tiver não adquirirei o tal feeling do magistrado. Saio daqui também com a convicção de que pelo resto da vida que tiver não conseguirei ser afeito a homem do legislativo, porque hoje eu estou convencido, só como estudante de direito, que talvez eu tenha um apego demasiado ao tecnicismo. Eu não estou aqui representando o Judiciário. Quando cada um de nós fala é o Judiciário. Não representa o Judiciário. Ele é o Judiciário. Ele apresenta o Judiciário. E aí volta a minha mente as lições de direito constitucional. O Judiciário é esse supra poder? Que pode interferir porque os seus agentes devem ter o feeling para mediar entre o que é melhor para população o cheiro do churrasquinho ou o desemprego? Enquanto eu não me convencer que eu tenho esse supra encargo eu vou ficar adstrito a letra do primeiro artigo da Lei do Mandado de Segurança, que é de 50 anos atrás, uma Lei que substancialmente não foi alterada, o que mostra que ela é aplicável. O que é que diz esse artigo? Que Mandado de Segurança é cabível quando há ato abusivo da autoridade ou praticado por excesso de poder, ofender ou ameaçar ofender direito líquido e certo de alguém.

Eu vou deixar de lado o primeiro requisito. Se o ato do Sr. Prefeito é ou não legal, se tem a legalidade estrita, se retardou, se passou 8 anos, se quando a cadeia já não mais o comportava, vou deixar de lado. A pergunta que não quer calar: a impetração está voltada àqueles associados, os representados da entidade impetrante exerçam o comércio com manipulação de alimentos em passeio público.

Eminentes Pares, o que é passeio público? Aí amanhã vamos julgar uma liminar eventualmente dada porque tem feeling de magistrado, que admitiu, vamos ser elegante, eu ia até mencionar: será que um desempregado amanhã armando uma tenda e explorando a prostituição, será que não tem similaridade? Alguém está manipulando alimentos no passeio público, mas outrem, está desempregado, diz: - não, eu preciso sustentar minha família, armo uma tenda e vou explorar o proxenetismo. Mas isso é muito ofensivo. Aí vamos para um outro exemplo similar. Alguém desempregado, chega ali com quatro banquinhos desses descartáveis, senta ali e monta uma escolinha, vai ensinar inglês. Uma atividade socialmente elogiável. Tem o barulho dos meninos aprendendo, quem mora ali



235

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO
DIVISÃO DE TAQUIGRAFIA

pode ficar incomodado com o barulho. – Não! Ele está ganhando dinheiro, está sustentando a família e as crianças estão aprendendo. - No passeio público? - Mas é no passeio público. Aí eu pergunto: há cogitar-se de direito, eu não falo nem líquido e certo, há cogitar-se de direito, mínima fração de direito em qualquer particular que se julgue na prerrogativa de exercer atividade qualquer estranha a coletividade, ao uso comum, no passeio público? Muitos de nós moramos em condomínio. O que é que tem o condomínio? Condomínio tem área de uso comum. Eu garanto que nenhum de nós vai ficar inerte a que o vizinho exerça do rol do seu apartamento, ponha lá uma tendinha para vender bugiganga. – Ah! Mas está precisando, porque o BANDEPE fechou, ele está desempregado. Dr., é área de uso comum.

Passeio público o nome está dizendo, é passeio público. E o que querem os impetrantes? Querem comercializar no passeio público. Há direito líquido e certo? O que é que nós estamos fazendo? Des. Sílvio estranhou que nós estamos adentrando muito no mérito. Porque nós já julgamos o Mandado de Segurança, está claro, não existe direito líquido e certo. Não há falar. Todos se manifestaram nesse sentido. Quem assegurou, com todo respeito, assegurou por privilegiar o pressuposto do perigo da demora. O perigo da demora eu não tenho a menor dúvida, é em desfavor dos representados da Associação impetrante, mas um outro requisito, o da relevância da fundamentação. É tão flagrante a sua indigência, é tão notória a sua carência que não há falar em perigo da demora. O perigo da demora aí, eminentes Pares, é deste julgamento é não sair a palavra do Judiciário sobre a impossibilidade de uns representados da entidade impetrante fazerem o que pretendem no passeio público, porque amanhã, amanhã, nós estaremos julgando aqui, tornando ao julgamento com faixas, com pressão, e isso é o que desgasta a imagem do Judiciário. É isto que causa a perplexidade no Judiciário. Amanhã vai sair: parece que o Tribunal vai cassar, caminha para cassar. Mas há a possibilidade do julgamento. E fica-se nesta expectativa. Cria-se no íntimo de cada representado que há uma possibilidade de êxito.

Ora, perdoe-me, mas a minha manifestação tem um sentido. É que para além de dar provimento ao agravo com vista a reforma da interlocutória, eu vou além. Eu proponho que seja considerado prejudicado o Agravo, e em se tratando de matéria de ordem pública, se dê, pelo efeito expansivo objetivo externo, a solução adequada ao feito de origem. Simplesmente o indeferimento da inicial por carência de ação na via eleita. A chamada falta do interesse adequação. Não há a menor possibilidade dessa ação de origem prosperar. Nós estamos a protelar o enterro de uma medida que já surgiu morta no mundo jurídico. Perdoe-me a contundência. É sua extinção que o momento requer.

De modo que proponho que se agregue ao voto da dissidência a extinção do feito de origem sem resolução de mérito, pelo indeferimento de sua inicial, mercê de sua inépcia a conta de carência de ação.



236

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO
DIVISÃO DE TAQUIGRAFIA

DESEMBARGADOR JOVANDO NUNES (PRESIDENTE)

Eu indago do Des. Bandeira se concorda com a proposição de extinção do próprio Mandado de Segurança sem resolução de mérito.

DESEMBARGADOR BANDEIRA DE MELLO

Não, Sr. Presidente, eu me limito a julgar o Regimental.

DESEMBARGADOR LUIZ CARLOS FIGUEIREDO

Eu também me limito a julgar o Regimental, realmente lamento o pedido de vista, porque vai continuar com essa imagem dessa possibilidade, vai demorar se julgar, e o que está manifestamente ilegal vai continuar acontecendo todas as semanas. Mas foi feito. Isso é um direito regimental. Reconheço isso. Mas acho que é apenas para julgar o Regimental. E o acordo que tiver de acontecer, que aconteça em outras vias.

DESEMBARGADOR FERNANDO CERQUEIRA

Não, me manifesto da mesma forma que o Desembargador Luiz Carlos Figueiredo.

DESEMBARGADOR FERNANDO MARTINS

Eu aproveito para louvar, como o fez o Desembargador Milton Neves, o pedido de vista do eminente Desembargador Leopoldo para possibilitar essa conciliação, ele que é um mestre nisso. Eu mantenho meu voto apenas para dar provimento ao Agravo Regimental.

DESEMBARGADOR EURICO BARROS

Eu parabenizo também o Desembargador Leopoldo porque ele terminou impondo o *vacatio legis*, que é necessário nessa lide.

DESEMBARGADOR FERNANDO CERQUEIRA

Falando sobre *vacatio legis* observo que o Decreto é de 2008, parece que a execução desse Decreto é de março de 2009. Quer dizer, na prática teve uma



237

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO
DIVISÃO DE TAQUIGRAFIA

carência de 60 dias. Eu fico muito preocupado pelas razões expendidas aqui pelo Desembargador Fernando Ferreira, são realmente preocupantes, em sede de Mandado de Segurança se entrar uma mediação é aterrizar num terreno muito perigoso, inclusive para o próprio prestígio para o Poder Judiciário. Por melhor que seja a intenção nesse sentido. É importante que realmente nós tenhamos uma decisão aqui, nem que seja provisória, porque estamos realmente apreciando em um Regimento uma decisão interlocutória em Mandado de Segurança. Mas é importante que isso aconteça.

Obrigado.

DESEMBARGADOR JOVANO NUNES (PRESIDENTE)

Votaram pelo improvident do agravo e em consequência mantendo a interlocutória desembargador Milton, desembargador Eurico, desembargador Sílvio. pelo provimento do agravo e em consequência cassando a liminar o desembargador Bandeira de Mello, Fernando Cerqueira, Luiz Carlos, Fernando Martins e Fernando Ferra. três votos a sim. falta votar apenas o desembargador Leopoldo Raso que pediu vista.

PROCURADOR DE JUSTIÇA

É só uma questão da *vacatio legis* que alguns Desembargadores levantaram como se não houvesse. Dado há *vacatio legis* de 60 dias, o Decreto foi publicado no Diário Oficial do Município em 1º de janeiro, e uma *vacatio legis* de 60 dias, por isso que a fiscalização só começou a atuar a partir de março.

Só isso. Obrigado.

DECISÃO:

ADIADO A REQUERIMENTO DESEMBARGADOR LEOPOLDO RAPOSO APÓS OS VOTOS DOS DESEMBARGADORES MILTON NEVES, EURICO BARROS E SÍLVIO BELLO NEGANDO PROVIMENTO AO AGRAVO REGIMENTAL E OS VOTOS DESEMBARGADORES BANDEIRA DE MELLO, FERNANDO CERQUEIRA, LUIZ CARLOS, FERNANDO MARTINS E FERNANDO FERREIRA, DAI PROVIMENTO AO RECURSO PARA CASSAR A INTERLOCUTÓRIA AGRAVADA.