

Apelação n. 0300535-24.2015.8.24.0085, de Coronel Freitas
Relator: Des. Subst. Paulo Henrique Moritz Martins da Silva

ADMINISTRATIVO. INDEFERIMENTO DE ALVARÁ PARA REALIZAÇÃO DE FEIRA ITINERANTE SOB O FUNDAMENTO DE AMEAÇA À LIVRE CONCORRÊNCIA. OFENSA À LIBERDADE E LIVRE INICIATIVA. ATO NULO. SEGURANÇA CONCEDIDA. RECURSO DESPROVIDO.

"Descabe ao Poder Público, a pretexto de proteger o comércio local, cercear a liberdade econômica. [...]

A limitação de realização de feiras itinerantes é agressiva à livre iniciativa, fundamento da República (CF, art. 1º, IV e art. 170, caput e IV), como reiteradamente decide este Tribunal [...]" (TJRS, AI n. 70065562951, Vigésima Segunda Câmara Cível, rela. Desa. Marilene Bonzanini, j. 6-7-2015)

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação n. 0300535-24.2015.8.24.0085, da comarca de Coronel Freitas Vara Única em que é Apelante o Município de Jardinópolis e Apelado Tereza Gesser ME:

A Primeira Câmara de Direito Público decidiu, à unanimidade, negar provimento ao recurso, confirmando-se a sentença em reexame necessário. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, os Excelentíssimos Senhores Desembargadores Carlos Adilson Silva (Presidente) e Denise Francoski.

Florianópolis, 11 de outubro de 2016.

Des. Subst. Paulo Henrique Moritz Martins da Silva
Relator

RELATÓRIO

Tereza Gesser impetrou mandado de segurança contra ato do Prefeito de Jardinópolis.

Alegou ter requerido alvará de funcionamento para realização de feira itinerante a ser realizada no Município de Jardinópolis nos dias 4, 5, 6 e 7 de setembro de 2015.

Todavia, o pedido foi indeferido ante a alegação de que a feira prejudicaria o comércio local.

Postulou a lavratura de alvará de funcionamento para realização da mencionada feira itinerante.

Ao prestar informações, a autoridade coatora afirmou, em síntese: 1) o processo deve ser extinto pela impossibilidade jurídica do pedido, uma vez que a impetrante poderia ter requerido pedido de reconsideração na via administrativa; 2) no momento da impetração a postulante não preenchia todos os requisitos legais para expedição do alvará de funcionamento de feira itinerante; 3) era imprescindível a apresentação do alvará de funcionamento emitido pelo Corpo de Bombeiros; 4) a exigência de apresentação de notas fiscais das mercadorias decorreu da existência de inúmeros casos de sonegação de impostos e comercialização de produtos falsificados e 5) apesar de não estarem descritos no referido documento, existem outros motivos que determinaram a não concessão do alvará de funcionamento (f. 113/120 do processo eletrônico).

Foi proferida sentença cuja conclusão é a seguinte:

Ante o exposto, resolvo o mérito do presente writ e, com fundamento no artigo 269, inciso I, do Código de Processo Civil, julgo procedente o pedido inicial para CONFIRMAR os efeitos da decisão que deferiu a medida liminar (fls. 98/101) e, ao final, CONCEDER A SEGURANÇA buscada pela impetrante Tereza Gesser.

Sem custas processuais. Sem honorários advocatícios. (f. 139/145 do processo eletrônico)

A autoridade coatora, em apelação, reedita os argumentos apresentados nas informações (f. 149/162 do processo eletrônico).

Sem contrarrazões (f. 185 do processo eletrônico), os autos ascenderam, pronunciando-se a d. Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Dr. Narcísio G. Rodrigues, pelo desprovimento do recurso (f. 6/9).

VOTO

A sentença proferida pela e. Juíza Marisete Aparecida Turatto Pagnussatt merece ser confirmada na íntegra, cujos fundamentos adoto como razão de decidir:

Da suposta impossibilidade jurídica do pedido autoral:

Adianto que a preliminar de falta de interesse processual, diante da vedação de impetração sem o prévio exaurimento da via administrativa não merece qualquer amparo. Com efeito, apesar da dicção do art. 5º, inc. I, da Lei n. 12.016/2009, colhe-se da lição de Hely Lopes Meirelles:

"Quando a lei veda se impetre mandado de segurança contra 'ato de que caiba recurso administrativo com efeito suspensivo, independentemente de caução' (art. 5º, I), não está obrigando o particular a exaurir a via administrativa para, após, utilizar-se da via judiciária. Está, apenas, condicionando à impetração à operatividade ou exequibilidade do ato a ser impugnado perante o Judiciário. Se o recurso suspensivo for utilizado, ter-se-á que ser aguardado seu julgamento, para atacar-se o ato final; se transcorre o prazo para o recurso, ou se a parte renuncia à sua interposição, o ato se torna operante e exequível pela Administração, ensejando a impetração. O que não se admite é a concomitância do recurso administrativo (com efeito suspensivo), com o mandado de segurança, [...]" (in Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, habeas data. 26ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 42).

Do Superior Tribunal de Justiça e do Egrégio Tribunal de Justiça de Santa Catarina, também extraem-se precedentes:

"Após a proclamação da Constituição Federal de 1988, o exaurimento da via administrativa é mera faculdade da parte interessada, não consubstanciando condição sine qua non para impetrar-se mandado de segurança" (STJ, RMS 4289/MS, rel. Min. Gilson Dipp, DJU 04/06/2001).

"A previsão legal que abstratamente possibilita a interposição de recurso administrativo com efeito suspensivo não impede a impetração de mandado de segurança. Nos termos do art. 5º da Lei n. 1.533/51, a via do remédio heróico somente fica obstada quando, de fato, a questão esteja pendente de solução naquela esfera recursal" (TJSC, Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 2003.021849-1, de Joinville, rel. Min. Luiz César Medeiros, j. 06/04/2004).

Nesses termos, rejeição da aludida prefacial é medida que se impõe.

Do mérito

No mérito, repiso o que disse quando da análise do feito para fins de concessão da medida liminar.

Compulsando mais uma vez os autos, extrai-se dos documentos colacionados às fls. 13/15 que, respaldado em parecer jurídico emitido pela Procuradoria do Município de Jardinópolis/SC, na data de 03/09/2015 o prefeito municipal aqui impetrado – Sadi Gomes Ferreira – indeferiu requerimento de expedição de alvará para realização de feira itinerante (a

ser organizada pela empresa TJ Eventos nos dias 04, 05, 06 e 07 de setembro de 2015 nas dependências do Clube Comunitário da Linha Barrinhas), ao argumento de que tal evento traria sérios prejuízos ao comércio local e aos consumidores, especialmente pelo fato de serem comercializados produtos com preços irrisórios, geralmente inferiores aos praticados no comércio do Município de Jardinópolis.

Com efeito, abaixo transcreve-se o comunicado subscrito pelo prefeito municipal e, na sequência, trecho do parecer da Procuradoria Municipal (fls. 13/15):

"Para: TJ EVENTOS

Assunto – Solicitação de alvará para realização de feira itinerante Na data de 02 de setembro de 2015, recebemos o pedido de concessão de alvará de realização de feira de comercialização de produtos a ser realizada pela empresa TJ Eventos nos dias 04 a 07 de setembro de 2015, nas dependências do Clube Comunitário da Linha Barrinhas, Município de Jardinópolis-SC.

Considerando o Ofício n. 004/2015, encaminhado pela Associação Empresarial de Jardinópolis, e considerando o parecer emitido pela Procuradora Municipal, INDEFIRO o pedido de concessão de Alvará de Funcionamento à empresa TJ EVENTOS, pelos fatos e fundamentos já exauridos no parecer jurídico."

"[...]

Encaminhado o presente requerimento ao Setor Jurídico, passo assim a opinar:

Diante do quadro prejudicial que a realização da referida feira trará ao comércio do Município de Jardinópolis e de Municípios vizinhos, tendo em vista que os produtos a serem comercializados geralmente com preços irrisórios, bem inferiores ao praticado no comércio local, verificamos a ocorrência da violação do princípio da livre concorrência, sendo este um dos princípios constitucionais da atividade econômica.

A preocupação do Poder Público Municipal é com o risco que às feiras refletem diretamente na livre concorrência com o comércio local dos municípios onde elas ocorrem. Isso porque são realizadas em período de curta permanência. Além disso, esses empreendimentos não arcam com todos os custos inerentes à atividade comercial fixa, como aluguel mensal, energia elétrica, abertura do estabelecimento comercial, pagamento de IPTU e outros tributos municipais, contratação de mão de obra local, dentre outros. Ou seja, o que ocorre é o estabelecimento de uma concorrência desleal com o comerciante tradicional, que aqui tem sua fixação permanente [...]" Ocorre que, conforme já debatido na própria decisão que deferiu a liminar, há que se reconhecer que os argumentos adotados pela autoridade coatora constituem, em verdade, afronta aos princípios constitucionais da livre concorrência, da livre iniciativa e da isonomia, previstos nos artigos 1º, inciso IV; 170 e art. 5º, caput, todos da Constituição Federal de 1988, respectivamente:

"Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...]

IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa."

"Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

[...]

IV – livre concorrência;

V – defesa do consumidor;

[...] Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei."

"Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade ao direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança, e à propriedade, nos termos seguintes: [...]"

Da análise dos dispositivos constitucionais, verifica-se que além de ter ofendido os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência, o indeferimento da expedição do alvará requerido pela impetrante implicou tratamento desigual aos comerciantes das feiras itinerantes em relação ao comércio local, o que também deve ser evitado. Em casos como o dos autos, não se pode olvidar que a principal beneficiada com a realização do aludido evento (e de outros eventos do mesmo caráter) foi/e sempre a população do Município de Jardinópolis e localidades vizinhas, uma vez que tem acesso a mercadorias vendidas na forma de atacado e varejo, as quais podem ser adquiridas por preços atraentes.

Da jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, a propósito, extraem-se precedentes deveras pertinentes ao caso concreto:

"AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO PÚBLICO. MANDADO DE SEGURANÇA. LICENÇA PARA REALIZAÇÃO DE FEIRA ITINERANTE. MUNICÍPIO DE PASSO FUNDO. INDEFERIMENTO. OFENSA À LIBERDADE DE INICIATIVA E CONCORRÊNCIA. - Descabe ao Poder Público, a pretexto de proteger o comércio local, cercear a liberdade econômica. Por diversas vezes este Tribunal já decidiu, em feitos semelhantes, de forma contrária às desarrazoadas exigências constantes da Lei Municipal 4.582/09, do Município de Passo Fundo. - A limitação de realização de feiras itinerantes é agressiva à livre iniciativa, fundamento da República (CF, art. 1º, IV e art. 170, caput e IV), como reiteradamente decide este Tribunal [...] NEGADO SEGUIMENTO AO RECURSO." (TJRS, AI n. 70065562951, Vigésima Segunda Câmara Cível, rela. Des. Marilene Bonzanini, j. 06/07/2015)

"APELAÇÃO CÍVEL/REEXAME NECESSÁRIO. DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. MANDADO DE SEGURANÇA. INDEFERIMENTO DE REALIZAÇÃO DE FEIRA ITINERANTE. MUNICÍPIO DE PASSO FUNDO. AFRONTA AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA LIVRE INICIATIVA, DA LIVRE CONCORRÊNCIA E DA ISONOMIA. [...] Em que pese o art. 2º, § 3º, da Lei Municipal nº 4.582/89 vede expressamente a realização de feiras itinerantes no período de 15 dias que antecedem o dia comemorativo, este dispositivo legal afronta os princípios constitucionais da livre concorrência, da livre iniciativa e da

isonomia, previstos nos arts. 170, IV, 1º, IV, e 5º, caput, da Constituição Federal, respectivamente. [...] APELAÇÃO DESPROVIDA. SENTENÇA MANTIDA EM REEXAME NECESSÁRIO." (TJRS, Apelação e Reexame Necessário nº 70065497661, Primeira Câmara Cível, rel. Des. Newton Luís Medeiros Fabrício, j. 23/09/2015)

Ademais, simplesmente não merecem acolhida as alegações tecidas pelo impetrado nas informações juntadas aos autos às fls. 113/120. Isso porque, **embora o Prefeito Municipal afirme, agora, que o indeferimento do requerimento protocolado pela impetrante tenha ocorrido pela não apresentação de todos os documentos necessários à liberação do alvará (tais como: vistoria do Corpo de Bombeiros Militar; notas fiscais das mercadorias visadas pela Receita Estadual; notificação quanto à segurança das vias públicas), tais exigências não constaram no comunicado enviado à impetrante em 03/09/2015 (fl. 13), tampouco do parecer jurídico emitido pela Procuradoria Municipal (fls. 14/15).**

Nesse ponto, aliás, chamo atenção ao fato de que no comunicado de fl. 13 apenas constou a seguinte justificativa "Considerando o Ofício de n. 004/2015, encaminhado pela Associação Empresarial de Jardinópolis, e considerando o parecer emitido pela Procuradoria Municipal, INDEFIRO o pedido de concessão de Alvará de Funcionamento à empresa TJ EVENTOS, pelos fatos e fundamentos já exauridos no parecer jurídico". Dito isso, como bem apontado pelo Ministério Público de Santa Catarina em seu parecer, muito embora não se desconheça do teor da declaração da fiscal de tributos de fl. 122, bem como não recolhimento da taxa de expedição do alvará (fl. 126), tais questões sequer apareceram na decisão que indeferiu a concessão do documento necessário à realização da feira itinerante.

Destarte, consigno que no presente caso a concessão da ordem é medida que se impõe, não havendo lugar para que sejam deferidos os pedidos formulados pelo impetrado nas informações. (grifou-se)

O fundamento do parecer jurídico acolhido pela autoridade coatora como razão para indeferir o pedido de expedição do alvará de funcionamento é, em síntese, tão somente o alegado risco à livre concorrência com o comércio local (f. 14/15 do processo eletrônico).

Não há menção a qualquer descumprimento de outros requisitos para concessão do alvará.

De acordo com o impetrado, "apesar de não estarem descritos no referido documento, existem outros motivos que determinaram a não concessão do alvará de funcionamento".

No entanto, ainda que verídica a afirmação, isso acarreta, do

mesmo modo, o reconhecimento da nulidade do ato administrativo, porquanto lavrado em desrespeito ao princípio da motivação.

Nesse sentido, confira-se desta Corte:

[...] "A motivação, por constituir garantia de legalidade, é, em regra, necessária, seja para os atos administrativos vinculados, seja para os atos discricionários, pois é por meio dela que se torna possível discernir sobre a existência e veracidade dos motivos e a adequação do objeto aos fins de interesse público impostos pela lei. O ato administrativo desmotivado obstaculiza o acesso do administrado aos elementos que possam embasar eventual insurgência contra o ferimento de direitos, bem como inviabiliza a atuação do Judiciário tocantemente à investigação da legalidade do ato. De conseguinte, é nulo o ato administrativo de remoção de servidor público, vinculado ou discricionário, despido de motivação." (Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 2009.041093-0, rel. Des. Pedro Manoel Abreu, j. 7-12-2010) [...] (RNMS n. 2013.007877-3, de Tubarão, rel. Des. Cid Goulart, Segunda Câmara de Direito Público, j. 12-5-2015)

ADMINISTRATIVO - MANDADO DE SEGURANÇA - ALVARÁ PARA FUNCIONAMENTO DE PIZZARIA - ATO DE AUTORIDADE QUE REDUZIU O HORÁRIO SEM MOTIVAÇÃO E O DEVIDO PROCESSO LEGAL - DIREITO LÍQUIDO E CERTO - ORDEM CONCEDIDA - ISENÇÃO DE CUSTAS - REFORMA PARCIAL.

Ofende direito líquido e certo ato administrativo exarado sem a motivação e o devido processo legal. [...] (RNMS n. 2013.012183-0, de Imaruí, rel. Des. Jaime Ramos, Quarta Câmara de Direito Público, j. 11-7-2013)

Portanto, a sentença deve ser confirmada.

Com esse entendimento se alinha o parecer da d. Procuradoria-Geral de Justiça:

A ação de segurança serve para sindicar os atos emanados de autoridade, quando acoimados de ilegal ou praticados com excesso e, se deles resultar violação ou ameaça de violação, por esta via podem ser corrigidos.

No caso destes autos, o que se pretendeu com a impetração desta ação foi a obtenção de alvará de funcionamento para realização de feira itinerante, negada sob o argumento de que prejudicaria o comércio local diante dos valores irrisórios a serem ali comercializados.

Antes, porém, impende afastar a preliminar já afastada na sentença, segundo a qual haveria impossibilidade jurídica do pedido ante o não esgotamento da via administrativa.

Em primeiro lugar, há uma aparente confusão feita pela autoridade coatora.

A possibilidade jurídica do pedido representa ausência de vedação expressa ou implícita no ordenamento jurídico relativamente ao pedido formulado pelo autor da ação.

Segundo Fredie Didier Jr:

A possibilidade jurídica do pedido não é simplesmente a "previsão, in abstrato, no ordenamento jurídico, da pretensão formulada pela parte", pois, como bem explica Moniz de Aragão: "A possibilidade jurídica, portanto, não deve ser conceituada, como se tem feito com vistas à existência de uma previsão no ordenamento jurídico, que torne o pedido viável em tese, mas, isto sim, com vistas à inexistência, no ordenamento jurídico, de uma previsão que o torne inviável".

Eduardo Oliveira complementa o pensamento do professor paranaense, para abarcar, também, as hipóteses em que o ordenamento não permita o pedido expressamente, como nos casos de permissões *numerus clausus*, quando haveria tanta proibição quando o veto explícito

Como o que se pretende é a correção da ilegalidade ou abusividade do ato supostamente tido como violador a direito líquido e certo, isso é mérito. Na realidade, ao dizer que não foi esgotada a via administrativa, o que pretendia dizer o Impetrado é que faltava ao Autor da Ação de Segurança interesse de agir.

Entretanto, da mesma forma merece reproche, visto que o inciso XXXV do artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil garante a apreciação pelo Poder Judiciário de toda e qualquer espécie de lesão ou ameaça a direito. Logo, exaurir a instância administrativa é irrelevante, porque o acesso à justiça independe de tal procedimento.

O mérito da ação foi alvo de manifestação do ilustre Promotor de Justiça João Paulo de Andrade e adoto, por adequado, o parecer que consta às fls. 137/138, *in verbis*:

[...]

Da análise percuciente dos autos, deflui-se que a concessão da segurança é medida de rigor, tendo em vista que a decisão de fl. 13 encontra-se embasada em fundamentos abusivos (fls. 14-15) em relação à legislação em vigor.

Com efeito, supridos os requisitos objetivos para a concessão do alvará de funcionamento, não compete ao município denegá-lo sob o inconstitucional argumento de que a realização da feira prejudicaria a economia local. Conforme encerra o disposto no parágrafo único do artigo 170 da Constituição Federal, "É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei."

No caso dos autos, o Poder Público negou-se a conceder o alvará provisório de uma feira de vestuário, em suma, sob o seguintes argumentos: a) A preocupação do Poder Público Municipal é com o risco que as feiras refletem diretamente na livre concorrência com o comércio local dos municípios onde elas ocorrem; b) eventual sonegação de tributos e comercialização de produtos piratas; c) eventuais prejuízos ao

consumidor (fls. 14-15).

Em que pese a justa preocupação do Poder Executivo municipal, vale anotar que tais apontamentos não encontram amparo nos requisitos previstos na legislação municipal para a concessão de alvará de funcionamento, evidenciado que o gestor público ultrapassou os limites previstos em lei, de modo que tal ato qualifica-se como abusivo.

Muito embora não se desconheça o teor da declaração da fiscal de tributos de fl. 122, bem como a circunstância de que a impetrante não tenha recolhido a respectiva taxa (fl. 126), é importante anotar que essas questões não foram eleitas pela autoridade impetrada para indeferir a concessão do alvará.

Nesse aspecto, destaca-se que a decisão administrativa de fl. 13 ficou limitada aos seus motivos (fls. 14-15) - conforme dispõe a teoria dos motivos determinantes do ato administrativo -, de modo que sendo derruídos tais premissas, a reversão do ato administrativo é a medida que se impõe.

Diante do quadro fático que ora se apresenta, o Ministério Público, por seu Órgão de Execução, manifesta-se pela confirmação da decisão liminar de fls. 98-101 para que se conceda, finalmente, a ordem postulada no mandado de segurança.

Assim, considerando o exaurimento do mérito pelo bem lançado parecer à colação trazido, o qual equacionou perfeitamente a questão discutida nestes autos, não havendo nada a acrescentar, adoto-o como meu. (grifou-se)

Voto pelo desprovimento do recurso, confirmando-se a sentença em reexame necessário.