



ACÓRDÃO Nº
PROCESSO Nº 0014721-34.2016.8.14.0000
1ª TURMA DE DIREITO PUBLICO
AGRAVO DE INSTRUMENTO
COMARCA DE BELÉM
AGRAVANTE: ESTADO DO PARÁ
Procurador: Dr. Fernando Oliveira
AGRAVADO: NORTE SHOPPING BELÉM LTDA
Advogado: Dr. Alexandre da Cunha Ferreira de Moura, OAB/RJ: 149.967 e outros
RELATORA: DESA. CÉLIA REGINA DE LIMA PINHEIRO

AGRAVO DE INSTRUMENTO. MANDADO DE SEGURANÇA. RECOLHIMENTO DE DIFERENÇA DE ALÍQUOTA DE ICMS. AUSÊNCIA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA. APLICAÇÃO DE EFEITO TRANSLATIVO DAS DECISÕES JUDICIAIS. EXTINÇÃO DO MANDADO DE SEGURANÇA. ART. 10, DA LEI Nº 12.016/09.

- 1- Decisão, em mandado de segurança, que deferiu pedido liminar determinando ao impetrado a suspensão das cobranças dos AINFs gerados e a abstenção de qualquer fiscalização, posteriores autuações ou lançamentos em face da falta de recolhimento do ICMS relativo à operação de mercadoria oriunda de outra unidade da Federação destinada ao uso e consumo e à integração do seu ativo permanente, suspendendo-se a exigibilidade dos respectivos créditos tributários;
- 2- Cabe ao destinatário contribuinte do ICMS a obrigação do recolhimento do DIFAL, em caso de operação com mercadoria oriunda de outra unidade da federação destinada a uso/consumo e à integração ao ativo permanente do estabelecimento e, conforme disposto no § 5º, do art. 14, do RICMS/PA;
- 3- Essa obrigação pode se esvair quando o adquirente comprovar que os bens, mercadorias ou serviços foram tributados pela alíquota interna na unidade federada de origem; para tanto, de acordo com os incisos I e II, do referido ordenamento, o contribuinte pode se valer da Nota Fiscal complementar emitida pelo remetente, ou de declaração do remetente, devidamente visada pela autoridade fiscal a que estiver circunscrito, de que o imposto foi corretamente debitado em seus livros fiscais, com carga tributária correspondente à aplicação da alíquota interna;
- 4- Verificada a necessidade de dilação probatória para aferir o direito pleiteado pela impetrante/agravada, a situação, na origem, enseja o indeferimento da petição inicial do mandamus, com a extinção do processo, pelo efeito translativo das decisões judiciais, nos termos do disposto no caput do art. 10, da Lei nº 12.016/09;
- 5- Agravo de Instrumento conhecido; acolhida preliminar de ausência de prova pré-constituída e extinção da ação na origem; restando prejudicada a análise do mérito do recurso.

Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acordam, os Excelentíssimos Desembargadores, integrantes da 1ª Turma de Direito Público, à unanimidade, em conhecer do agravo de instrumento; acolher a preliminar de ausência de prova pré-constituída e, invocando o efeito translativo das decisões judiciais, indeferir a petição inicial do mandado de segurança; restando prejudicada a apreciação do mérito do presente recurso, nos termos da fundamentação.

1ª Turma de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado do Pará, 15 de julho de 2019. Relatora Exma. Sra. Desa. Célia Regina de Lima Pinheiro. Julgamento presidido pela Exma. Desa. Maria Elvina Gemaque Taveira, tendo como segundo julgador o Exma. Desa. Maria Elvina Gemaque Taveira e como terceira julgadora, a Exma. Desa. Rosileide Maria da Costa Cunha.



Desembargadora CÉLIA REGINA DE LIMA PINHEIRO
Relatora

RELATÓRIO

A EXCELENTÍSSIMA SENHORA DESEMBARGADORA CÉLIA REGINA DE LIMA PINHEIRO (RELATORA):

Trata-se de recurso de agravo de instrumento com pedido de efeito suspensivo (fls. 02/20), interposto pelo Estado do Pará, contra decisão do juízo da 3ª Vara de Execução Fiscal (fls. 52-55), que, nos autos do mandado de segurança – processo nº 04099077820168140301 – em decisão de fls. 52-55, deferiu a liminar para determinar que o impetrado se abstenha de dar seguimento na cobrança lançada nos autos de infração de nºs 012016510005701-6, 012016510005702-4, 012016510005703-2, 012016510005704-0 e 012016510005706-7, bem como se abstenha de realizar qualquer medida fiscalizatória, de empreender ulteriores autuações ou lançamentos em face da falta de recolhimento do ICMS relativo à operação de mercadoria oriunda de outra unidade da Federação destinada ao uso e consumo e à integração do seu ativo permanente, suspendendo-se a exigibilidade dos respectivos créditos tributários. Por fim, fixou multa diária de R\$1.000,00 (mil reais) até o montante de R\$10.000,00 (dez mil reais) a incidir sobre o Estado e do agente ou servidor público que obstar o cumprimento da liminar concedida.

O agravante relata que foi ajuizada a ação mandamental em epígrafe em razão da lavratura de autos de infrações nºs 012016510005701-6, 012016510005702-4, 012016510005703-2, 012016510005704-0 e 012016510005706-7, decorrente da cobrança de ICMS de mercadorias destinadas ao uso e consumo e à integração de ativo fixo, referente aos anos de 2012, 2013, 2014, 2015 e 2016.

Aduz que inexistem documentos que atestem a real atividade da empresa, bem como a comprovação regular de representatividade.

Sustenta a ausência de prova pré-constituída dos fatos articulados na inicial, sendo necessário a dilação probatória. Assevera que a empresa/agravada com inscrição de ICMS, adquiriu mercadorias para uso e consumo, e sendo contribuinte do ICMS, se apresenta dessa forma para o fornecedor, adquirindo mercadorias com alíquotas de ICMS a menor. Logo, obrigatório o recolhimento do referido imposto para o Estado do Pará.

Sustenta que a fiscalização constatou a ausência de recolhimento de ICMS nas aquisições interestaduais de mercadorias para uso e consumo, tendo a empresa agravada utilizado a condição de inscrita no Cadastro de ICMS para adquirir mercadorias com alíquotas a menor. Aduz que a decisão agravada, que suspende os créditos tributários, impede o Estado de exercer seu regular poder de polícia. Alega a inexistência de fundamentos para a concessão da tutela antecipada.

Requer a concessão do efeito suspensivo e, ao final, o conhecimento e provimento do agravo com cassação definitiva da decisão agravada.

Junta documentos de fls. 20-65.

Os autos foram distribuídos à Desa. Marneide Trindade Pereira Merabet, na



pessoa do Juiz convocado, Dr. José Roberto Pinheiro Maia Bezerra Júnior, que, considerando a Emenda Regimental nº05 e a Portaria nº 0142/2017-GP, determina a redistribuição do feito, cabendo a mim a relatoria (fls. 66/70).

À fl.71, determinei a suspensão do recurso para regularização da representação de Norte Shopping Belém S/A, o que foi cumprido às fls.75-94.

Indeferi o pedido de efeito suspensivo (fls. 95/96).

Contrarrazões (fls. 97/105).

O Ministério Público, nesta instância, manifesta-se pelo conhecimento e desprovimento do recurso (fls. 108/110).

É o relatório.

VOTO

A EXCELENTÍSSIMA SENHORA DESEMBARGADORA CÉLIA REGINA DE LIMA PINHEIRO (RELATORA):

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do agravo de instrumento.

Preliminar

O agravante suscita preliminar de ausência de prova pré-constituída dos fatos articulados na inicial, pois não colacionou aos autos do mandado de segurança as notas fiscais que comprovam o direito alegado.

Passo a verificar o argumento preliminar do agravante.

Trata-se, na origem, de mandado de segurança (processo nº 04099077820168140301), no qual foi deferida liminar determinando que o impetrado, ora agravante se abstenha de dar seguimento na cobrança lançada nos autos de infração de nºs 012016510005701-6, 012016510005702-4, 012016510005703-2, 012016510005704-0 e 012016510005706-7, bem como se abstenha de realizar qualquer medida fiscalizatória, de empreender ulteriores autuações ou lançamentos em face da falta de recolhimento do ICMS relativo à operação de mercadoria oriunda de outra unidade da Federação destinada ao uso e consumo e à integração do seu ativo permanente, suspendendo-se a exigibilidade dos respectivos créditos tributários. Por fim, fixou multa diária de R\$1.000,00 (mil reais) até o montante de R\$10.000,00 (dez mil reais) a incidir sobre o Estado e do agente ou servidor público que obstar o cumprimento da liminar concedida.

O agravante sustenta que a agravada, com inscrição de ICMS, adquiriu mercadorias para uso e consumo com alíquota menor, na condição de contribuinte do imposto, o que torna obrigatório o recolhimento, para os cofres do Estado, do diferencial de alíquota do referido imposto que é devido quando se adquire, com inscrição estadual, materiais para uso e consumo e/ou ativo imobilizado. Ressalta que as notas fiscais não foram colacionadas aos autos de origem e que a decisão impede o Estado de exercer seu Poder de Polícia.

De acordo com os Autos de Infração constantes nos autos, fls. 35/40, o órgão fiscalizador constatou que a empresa, na condição de contribuinte, teria deixado de recolher o ICMS relativo à operação com mercadoria oriunda de outra unidade da federação destinada a uso/consumo e à



integração ao ativo permanente do estabelecimento. Essa obrigação concerne ao diferencial de alíquota, conforme informações extraídas das notas fiscais de entradas estaduais do período de 2012 a 2016.

Sobre a sujeição à tributação em comento, O art. 155, VII, da Constituição Federal/88, disciplina:

Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

...

II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior;

...

§ 2º. (...)

VII - nas operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final, contribuinte ou não do imposto, localizado em outro Estado, adotar-se-á a alíquota interestadual e caberá ao Estado de localização do destinatário o imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna do Estado destinatário e a alíquota interestadual;

Por meio da Emenda Constitucional 87/2015 foi instituído, com vigência a partir de 2016, o diferencial de alíquotas do ICMS a consumidor final não contribuinte. Nas operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final, contribuinte ou não do imposto, localizado em outro Estado, deve ser adotada a alíquota interestadual, cabendo ao Estado de localização do destinatário o imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna do Estado destinatário e a alíquota interestadual.

A responsabilidade pelo recolhimento do imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual é atribuída ao destinatário, quando este for contribuinte do imposto, ou ao remetente, quando o destinatário não for contribuinte do imposto. Os contribuintes do ICMS devem recolher o valor desse imposto com relação à diferença entre a alíquota interna (isso significa o estado destinatário) e a alíquota interestadual. Essa obrigação se dá nas operações e prestações de mercadorias destinadas ao consumo, para o ativo imobilizado; prestações de serviço de transporte interestadual, que estão ligado a itens do uso e consumo, ou que se relacionam com a aquisição de materiais para o ativo imobilizado.

O valor da operação que decorre da entrada da mercadoria ou da prestação de serviço é a base do cálculo do DIFAL. Em relação à apropriação do crédito, o valor do ICMS, de onde advém o crédito, pode ser destacado na nota fiscal e no conhecimento do transporte de carga. O único caso em que deve haver recolhimento do DIFAL é aquele em que a alíquota interna possui um percentual superior ao da alíquota interestadual. Isso porque é só nessas situações que existe o diferencial.

Os AINFs que geraram a lide têm como base legal o art. 14, § 4º e o art. 108, II do RICMS/PA, Dec. nº 4.676/01, que estabelece:

Art. 14. Contribuinte é qualquer pessoa, física ou jurídica, que realize, com habitualidade ou em volume que caracterize intuito comercial, operações de circulação de mercadoria ou prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior. (...)

§ 4º Equipara-se a contribuinte, para o efeito de cobrança do imposto referente ao diferencial de alíquota, qualquer pessoa jurídica, que adquira mercadorias ou serviços, em outra unidade federada, com carga tributária correspondente à aplicação de alíquota



interestadual, destinando-os ao ativo permanente, uso ou consumo.

§ 5º O disposto no parágrafo anterior não se aplica quando o adquirente comprovar que os bens, mercadorias ou serviços foram tributados pela alíquota interna na unidade federada de origem, com os seguintes documentos, alternativamente:

I - Nota Fiscal complementar emitida pelo remetente;

II - declaração do remetente, devidamente visada pela autoridade fiscal a que estiver circunscrito, de que o imposto foi corretamente debitado em seus livros fiscais, com carga tributária correspondente à aplicação da alíquota interna.

Art. 108. O recolhimento do ICMS far-se-á nos seguintes prazos:

(...)

II - até o 10º (décimo) dia do mês subsequente ao da entrada de bens e serviços em território paraense, em relação às operações em que couber diferença de alíquota prevista no inciso VII, § 2º, do art. 155, da Constituição Federal.

Nesse contexto, cabe ao contribuinte do ICMS a obrigação do recolhimento do DIFAL, em caso de operação com mercadoria oriunda de outra unidade da federação destinada a uso/consumo e à integração ao ativo permanente do estabelecimento, como no caso em comento. Esse ônus é atribuído ao destinatário, quando este for contribuinte do imposto, ou ao remetente, quando o destinatário não for contribuinte.

Segundo a exordial da ação mandamental (fls. 22-28), a impetrante é administradora de empreendimentos e não promove, habitualmente, qualquer atividade comercial de bens ou mercadorias e que, apesar de não promover operações de comércio e mercadorias, foi inscrita, de forma indevida, no Cadastro de Contribuintes do Estado do Pará (CAD-ICMS) sob o número 15.310.292-6, com indicação de atividades relacionadas à Gestão e Administração de propriedade privada, como atividade principal, e estacionamento de veículos como atividade secundária.

Essa informação se confirma pelo documento de fl. 3 verso, o qual também informa que o cadastro da agravada foi alterado, perante a SEFAZ, para não contribuinte do ICMS, na data de 17/05/2016. A mudança do status da agravada pela SEFA, conferindo a condição de não contribuinte, em tese retira a obrigação da empresa de recolhimento do imposto (DIFAL).

O Estado, entretanto, reclama que a empresa/agravada teria efetuado as compras na qualidade de contribuinte do ICMS, o que lhe teria gerado alíquota menor do imposto; restando, por consequência, a responsabilidade pelo recolhimento do ICMS correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual.

Com efeito, cabe ao destinatário contribuinte do ICMS a obrigação do recolhimento do DIFAL, em caso de operação com mercadoria oriunda de outra unidade da federação destinada a uso/consumo e à integração ao ativo permanente do estabelecimento e, conforme disposto no § 5º, do art. 14, do RICMS/PA, essa obrigação pode se esvaír quando o adquirente comprovar que os bens, mercadorias ou serviços foram tributados pela alíquota interna na unidade federada de origem.

Para tanto, de acordo com os incisos I e II, do referido ordenamento, o contribuinte pode se valer da Nota Fiscal complementar emitida pelo remetente, ou de declaração do remetente, devidamente visada pela autoridade fiscal a que estiver circunscrito, de que o imposto foi corretamente debitado em seus livros fiscais, com carga tributária correspondente à aplicação da alíquota interna.



Assim, considerando que a empresa agravada só passou à condição de não contribuinte em 17/05/2016, data posterior à lavratura dos AINFs contestados na ação mandamental, não se pode descartar o fato de que é possível que a compra tenha se efetivado na condição de contribuinte, o que pode ter gerado à agravada uma alíquota reduzida e a consequente obrigação de recolhimento, conforme autuação feita pela Fazenda.

Para afastar o encargo legal, a impetrante poderia comprovar não ter realizado a compra como contribuinte do ICMS com a apresentação das notas fiscais respectivas. Conforme reclama o agravante, todavia, a impetrante não se desincumbiu desse ônus probatório, o que não contesta a agravada em suas contrarrazões (fls. 97/105), em que se restringe a alegar que a matéria debatida no writ é unicamente de direito.

A Lei nº 12.016/2009, possibilita a impetração de mandado de segurança na hipótese prevista no artigo 1º, verbis:

Art. 1º - Conceder-se-á mandado de segurança para proteger líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, sempre que, ilegalmente ou com abuso de poder, qualquer pessoa física ou jurídica sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte da autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça.

Segundo ensina Hely Lopes Meirelles, o direito líquido e certo:

(...) é o que se apresenta manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercitado no momento da impetração. Por outras palavras, o direito invocado, para ser amparável por mandado de segurança, há de vir expresso na norma legal e trazer em si todos os requisitos e condições de sua aplicação ao impetrante: se a sua existência for duvidosa; se a sua extensão ainda não estiver delimitada; se o seu exercício depender de situações e fatos ainda indeterminados, não rende ensejo à segurança, embora possa ser defendido por outros meios judiciais. (Mandado de Segurança, RT, 30ª ed., pag. 38).

A prova, em sede de mandado de segurança, deve ser pré-constituída, ou seja, estar aliada à petição inicial, pois essa espécie de ação não alberga dilação probatória, ante sua via estreita de processamento. Tendo se descuidado, a impetrante, de colacionar provas para demonstrar, de forma cabal, que não se utilizou da condição de contribuinte para efetuar as compras, o que lhe isentaria da obrigação do recolhimento do DIFAL, resta impossibilitada a apreciação do direito pretendido na via mandamental.

Nesse contexto, considerando que os atos administrativos gozam de presunção de legitimidade e verificada a necessidade de dilação probatória para aferir o direito pleiteado pela impetrante/agravada, a situação, na origem, enseja o indeferimento da petição inicial do mandamus, nos termos do disposto no caput do art. 10, da Lei nº 12.016/09, in verbis:

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

Nos termos da jurisprudência do STJ "mandado de segurança possui via estreita de processamento, a exigir narrativa precisa dos fatos, com indicação clara do direito que se reputa líquido, certo e violado, amparado em prova pré-constituída" (RMS n. 30.063/RS, Relatora Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 8/2/2011, DJe 15/2/2011).



Nesse sentido, igualmente:

EMENTA: DIREITO PROCESSUAL. MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO. ATO DA PRESIDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. CONVÊNIO PARA DESTRUIÇÃO DE ARMAS APREENDIDAS. ALEGADA VIOLAÇÃO AO DIREITO DE PROPRIEDADE DA ARMA. 1. O impetrante não demonstrou de forma adequada haver justo receio de seus substituídos sofrerem qualquer tipo de violação em seus direitos por conta do convênio firmado. 2. A via eleita não admite dilação probatória incidental, não havendo como, em momento posterior, ser apresentado aos autos documentos que demonstrem o alegado pelo impetrante. 3. Writ a que se nega seguimento. (STF - MS: 35474 DF - DISTRITO FEDERAL 0064435-64.2018.1.00.0000, Relator: Min. ROBERTO BARROSO, Data de Julgamento: 14/05/2018, Data de Publicação: DJe-098 21/05/2018)

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO ADMINISTRATIVO. CONTRATO. EXPLORAÇÃO DO SERVIÇO DE TRANSPORTE INTERESTADUAL DE PASSAGEIROS - TRIP. LICITAÇÃO. PLANO GERAL DE OUTORGA. AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES ANTT. DECISÃO TRANSITADA EM JULGADO. EFEITOS. DECRETO 952/93. INTERPRETAÇÃO. PRORROGAÇÃO DO PRAZO DE QUINZE ANOS. ATO DISCRICIONÁRIO. INEXISTÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. INOVAÇÃO RECURSAL NÃO ADMITIDA. AUSÊNCIA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA. NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. FATOS CONTROVERSOS. PRETENSÃO QUE EXTRAPOLA A VIA MANDAMENTAL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA A QUE SE NEGA SEGUIMENTO. (STF - RMS: 32998 DF - DISTRITO FEDERAL 9959814-79.2014.1.00.0000, Relator: Min. LUIZ FUX, Data de Julgamento: 17/04/2018, Data de Publicação: DJe-075 19/04/2018)

ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. CONCURSO DE SOLDADO DA POLÍCIA MILITAR DO ESTADO DA BAHIA. IMPEDIMENTO ARBITRÁRIO DE PARTICIPAÇÃO NO TAF. AUSÊNCIA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA. FUNDAMENTO INATAcado. SÚMULA 283/STF. 1. O mandado de segurança possui como requisito inarredável a comprovação inequívoca de direito líquido e certo pela parte impetrante, mediante a chamada prova pré-constituída, inexistindo espaço, nesta via, para a dilação probatória. Para a demonstração do direito líquido e certo, é necessário que, no momento da sua impetração, seja facilmente aferível a extensão do direito alegado e que seja prontamente exercido. Precedentes. 2. Hipótese na qual o recorrente não obteve êxito em demonstrar, por meio de prova pré-constituída, a sua convocação para participação no teste de aptidão física e a ocorrência de impedimento arbitrário em realizá-lo. 3. A documentação juntada nos autos demonstra que o insurgente foi considerado inapto para o cargo de Soldado da Polícia Militar do Estado da Bahia pelo não atendimento ao resultado oftalmológico esperado e previsto no edital, o que foi reconhecido pelo Tribunal de origem e utilizado como fundamento para a denegação da segurança. 4. O recorrente não impugnou o fundamento adotado pelo acórdão combatido consistente na eliminação do candidato por não ter sido considerado apto no exame médico, o que atrai a incidência da Súmula 283/STF aplicada por analogia em razão da inobservância do princípio da dialeticidade. 5. Recurso em mandado de segurança não provido.

(STJ - RMS: 51909 BA 2016/0231651-0, Relator: Ministro OG FERNANDES, Data de Julgamento: 08/05/2018, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 14/05/2018)

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. REGIME DE EX-TARIFÁRIO. PROGRAMA DE INCENTIVO FISCAL. REDUÇÃO TEMPORÁRIA DO IMPOSTO DE IMPORTAÇÃO SOBRE BENS DE CAPITAL NÃO PRODUZIDOS NO PAÍS. ALEGAÇÃO DA IMPETRANTE DE QUE É PRODUTORA E FORNECEDORA DOS PRODUTOS BENEFICIADOS PELO INCENTIVO. AUSÊNCIA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA. IMPOSSIBILIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. EXTINÇÃO DO MANDAMUS SEM JULGAMENTO DO MÉRITO, CASSANDO-SE A LIMINAR INICIALMENTE DEFERIDA. 1. O Mandado de Segurança exige demonstração inequívoca, mediante prova pré-constituída, do direito líquido e certo invocado. Não admite, portanto, dilação probatória, ficando a cargo do impetrante juntar aos autos documentação necessária ao apoio de sua pretensão, como é amplamente apregoado pelas lições da doutrina jurídica e pela jurisprudência dos Tribunais. 2. No caso em apreço, a



impetrante não faz prova cabal prévia de que produz, com matéria-prima 100% nacional, as guias para elevadores especificadas no código 8431.31.10 (EX 15 e 16) da Nomenclatura Comum do Mercosul (NCM). 3. Juntou aos presentes autos apenas e tão-somente as cópias de notas fiscais de saída, o portfólio da empresa em inglês, as fichas de entradas e saída e remetentes de insumos e mercadorias e a declaração de uma empresa fornecedora de aço. Tais documentos apenas comprovam a comercialização no País de produto, dito similar, apesar da diferença na classificação, mas não a sua produção interna com matéria-prima 100% nacional. 4. Assim, o reconhecimento da liquidez e certeza do direito afirmado na inicial encontra, no caso, insuperável empecilho, dada a falta de comprovação sobre fatos essenciais, cuja elucidação demandaria atividade probatória insuscetível de ser promovida na via eleita. Precedentes desta Corte. 5. Parecer do MPF pela extinção do processo, sem resolução do mérito. 6. Mandado de Segurança extinto, sem resolução do mérito, ressalvando a possibilidade do impetrante buscar o direito alegado nas vias ordinárias. (STJ - MS: 18998 DF 2012/0166355-8, Relator: Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Data de Julgamento: 14/08/2013, S1 - PRIMEIRA SEÇÃO, Data de Publicação: DJe 30/08/2013)

Segue, nessa linha, esta Corte de Justiça:

APELAÇÃO CÍVEL. MANDADO DE SEGURANÇA. AUSÊNCIA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA. IMPOSSIBILIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. MEIO RECURSAL INADEQUADO PARA APURAR A EXISTÊNCIA OU NÃO DO DIREITO DO APELANTE. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO, À UNANIMIDADE.

(2017.00141763-67, 169.910, Rel. LUZIA NADJA GUIMARAES NASCIMENTO, Órgão Julgador 2ª TURMA DE DIREITO PÚBLICO, Julgado em 2016-12-19, Publicado em 2017-01-19)

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL EM MANDADO DE SEGURANÇA. PRELIMINAR DE INADMISSIBILIDADE DO RECURSO SUSCITADA EM CONTRARRAZÕES. MATÉRIA ENFRENTADA PELO TRIBUNAL EM SEDE DE AGRAVO DE INSTRUMENTO. ACÓRDÃO TRANSITADO EM JULGADO QUE APLICOU O PRINCÍPIO FUNGIBILIDADE PARA RECEBER O RECURSO ORDINÁRIO COMO APELAÇÃO. PRELIMINAR REJEITADA. MÉRITO. AUSÊNCIA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA RECONHECIDA EM INSTÂNCIA RECURSAL DIANTE DA FALTA DE DOCUMENTO NECESSÁRIO À COMPROVAÇÃO DOS FATOS QUE SUBSIDIAM A PRETENSÃO DO IMPETRANTE. IMPOSSIBILIDADE DE JUNTADA POSTERIOR. PRECEDENTES DO STJ. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA QUE INDEFERIU A PETIÇÃO INICIAL POR OUTRO FUNDAMENTO. APELAÇÃO CONHECIDA E NÃO PROVIDA. 1. Preliminar de inadmissibilidade do recurso suscitada em contrarrazões. A questão relativa à existência de erro grosseiro na interposição do recurso ordinário pelo impetrante já foi objeto de apreciação por este Egrégio Tribunal de Justiça no julgamento do Agravo de Instrumento 0033899-41.2013.8.14.0301. Na ocasião, a 4ª Câmara Cível Isolada, à unanimidade, proferiu acórdão, recebendo o Recurso Ordinário como Apelação. A decisão transitou em julgado, tendo em vista que após a negativa de seguimento do Recurso Especial não houve a interposição de qualquer recurso. Preliminar rejeitada. 2. Mérito. Para a demonstração do direito líquido e certo, é necessário que no momento da impetração do mandamus, seja facilmente aferível a extensão do direito alegado e que este possa ser prontamente exercido. A certeza e a liquidez são requisitos que dizem respeito ao fato jurídico de que decorre o direito, o qual deverá estar demonstrado por prova pré-constituída, resultando na conclusão de que, não se pode afirmar com certeza a existência do direito se não há certeza quanto ao fato que lhe dá suporte. 3. O impetrante pretende pela via do mandamus ser reincluído no Concurso Público para Admissão de Soldados da Polícia Militar do ano de 2012, Edital nº 001, ao argumento de que, ao divulgar a solicitação de entrega dos exames médicos, a Administração concedeu apenas dez dias para apresentação dos referidos documentos, o que teria sido insuficiente para o laboratório emitir os resultados, impossibilitado que o impetrante entregasse o Exame Anti-HBE na data estabelecida. Alegou ainda, que interpôs recurso administrativo, juntando o resultado do mencionado exame, contudo, a Comissão do Concurso teria agido ilegalmente ao indeferir o recurso, sustentando que a ausência de entrega de dois exames não importa em nenhuma alteração. 4. Ao instruir seu pedido, o apelante deixou de juntar aos autos o edital de divulgação acerca das datas para entrega



dos exames, deixando de comprovar a alegação de que o prazo seria exíguo. 5. A prova pré-constituída deve ser contemporânea à petição inicial, não cabendo a juntada posterior de documentos. Precedentes do STJ. 6. Embora a sentença tenha indeferido a petição inicial por considerar legal o ato de eliminação do apelante, sua manutenção se impõe diante da ausência de condições da ação verificada nesta instância recursal. 7. Apelação conhecida e não provida. 8. À unanimidade.
(2018.03391571-64, 194.751, Rel. MARIA ELVINA GEMAQUE TAVEIRA, Órgão Julgador 1ª TURMA DE DIREITO PÚBLICO, Julgado em 2018-08-20, Publicado em 2018-08-24)

Assim, é de ser acolhida a preliminar de ausência de prova pré-constituída do direito ao pleito por esta via processual, impondo-se a extinção do writ, pelo efeito translativo das decisões judiciais com fulcro no art. 10, da lei nº 12.016/2009. Por corolário, resta prejudicado o mérito recursal.

Ante o exposto, conheço do agravo de instrumento; acolho a preliminar de ausência de prova pré-constituída e, invocando o efeito translativo das decisões judiciais, indefiro a petição inicial do mandado de segurança; restando prejudicada a apreciação do mérito do presente recurso, nos termos da fundamentação.

Sem honorários, nos termos do art. 25, da lei nº 12.016/2009 e súmulas 512, do STF e 105, do STJ.

É o voto.

Belém-PA, 15 de julho de 2019.

Desembargadora CÉLIA REGINA DE LIMA PINHEIRO
Relatora