

Homenagem ao Desembargador Ernane Fidélis dos Santos

Sinto-me profundamente comovido e honrado pela convocação do eminente Desembargador Reynaldo Ximenes, Segundo Vice-Presidente deste Tribunal e Superintendente da Escola Judicial Edésio Fernandes, para prestar esta homenagem ao meu particular amigo, colega e mestre, Ernane Fidélis dos Santos.

Para mim, falar de Ernane é algo por demais sensibilizante, em razão da fortíssima amizade existente entre nós.

Conheci, pessoalmente, o eminente mestre pelos idos de 1989, quando chegamos a Belo Horizonte, ele vindo de Uberlândia e eu de Viçosa.

Ficamos amigos, e muito amigos, como também as respectivas famílias.

Passei a conhecer melhor o eminente colega.

Pude notar a sua preocupação com a precisão e celeridade na prestação jurisdicional. Achava, como ainda acha, que os operadores do direito, principalmente os juízes, deveriam estudar mais e conhecer melhor a ciência processual, para evitar um processualismo arraigado, ou seja, o prestígio excessivo à forma em prejuízo da efetividade do processo. Sempre e sempre, em suas manifestações, pregou a instrumentalidade do processo, o que significa dizer que este não é um fim em si mesmo, e sim meio para aplicação célere e eficaz do direito à situação litigiosa posta para julgamento.

Conheço a maioria da sua vasta obra literária, dentre elas a clássica "Introdução ao Direito Processual Civil Brasileiro", editada pela Forense em 1978; o excepcional "Manual de Direito Processual", atualmente editado pela Saraiva; "Novíssimos Perfis do Processo Civil Brasileiro", editada pela Del Rey em 1999, e inúmeras outras obras já esgotadas e trabalhos de doutrina publicados em revistas especializadas diversas.

Quando ainda Juiz nas comarcas da região do Triângulo Mineiro, integrava com destaque a denominada "Escola de Processo do Triângulo", juntamente com Jaci de Assis, Humberto Theodoro Júnior, Ronaldo Cunha Campos e Edson Prata, que grandes contribuições deu à evolução da ciência processual.

Releva considerar que Ernane Fidélis, em certos aspectos, seguidor da escola de Carnelutti e a de Liebman,

consegue, com o brilhantismo que lhe é peculiar, fazer fácil o difícil, e, culminando, no seu "Manual", ensinar como ninguém, de maneira inteligível a qualquer leigo, a intrincada matéria referente às condições da ação.

Certamente, se a escolha para o Superior Tribunal de Justiça e ou Supremo Tribunal Federal dispensasse o relacionamento político e as visitas aos gabinetes palacianos e desse valor às obras, como diria o Padre Vieira, o eminente colega já seria Ministro e estaríamos privados de sua marcante presença.

Estamos, deveras, vivendo a fase de Ernane Fidélis dos Santos neste Tribunal, que deve ser a casa de excelência de conhecimento e aplicação do Direito. A par desta, fases ficaram registradas, como a de Hermenegildo de Barros, Orozimbo Nonato, Amílcar de Castro, Lopes da Costa, Carlos Fulgêncio da Cunha Peixoto, Hélio Costa, Humberto Theodoro Júnior e outros.

Ernane é, sem sombra de dúvida, o "Juiz Paradigma". É o tipo de magistrado a que faz menção Calamandrei em "Eles, os Juízes, Vistos por Nós, os Advogados", que sempre levou para sua mesa de trabalho nas comarcas de Prata, Monte Alegre de Minas, Monte Carmelo, Uberlândia e Belo Horizonte, além da sapiência e senso de justiça, a sua independência, nada mais.

Em 2003, perdeu seu grande amor, companheira de muitos anos e de todas as horas, Maria do Carmo. Mulher de personalidade forte, contribuía com grande relevância para a carreira brilhante do marido e participava ativamente na condução da família. Foi exemplo de mulher, esposa e mãe.

Ocorre, todavia, que o queridíssimo Ernane conseguiu encontrar forças nos excelentes filhos, Karem, Ivana, Ernane Filho e Patrícia, e nos netos para dar continuidade à judicatura e extensa produção literária.

Nós, juízes da geração de Ernane, temos aumentada a nossa responsabilidade no cenário da magistratura mineira, no qual sou um mero coadjuvante, porque temos, pelo menos, bem visível, um exemplo a seguir.

Ficam aqui as homenagens deste magistrado, em nome da Escola Judicial Edésio Fernandes, ao eminente Professor e Magistrado Ernane Fidélis dos Santos.

Manuel Bravo Saramago - Desembargador



Desembargador Ernane Fidélis dos Santos em seu gabinete na 6ª Câmara Cível do TJMG

A antecipação da tutela. Interpretação doutrinária. Evolução e prática em quase quinze anos de vigência.

Ernane Fidélis dos Santos
Ivana Fidélis Silveira (advogada)

Sumário: 1 Medida cautelar e antecipação de tutela. 2 A antecipação de tutela na legislação estrangeira. 3 A antecipação no Brasil. Lei 8.952/94. 4 Limitação da antecipação da tutela: efeitos da tutela satisfativa. 5 Prova inequívoca e verossimilhança. 6 Reversibilidade da medida antecipatória. 7 Incontrovérsia. 8 Requisitos subjetivos, *periculum in mora* e abuso de direito. 9 A discricionariedade do julgador na tutela antecipada. 10 Fundamentação da medida e da revogação. 11 Método de apreciação da tutela antecipada. 12 Execução da tutela antecipada. 13 Medida cautelar concedida como antecipação.

1. O Código de Processo Civil brasileiro, atendendo, sobretudo, o critério estabelecido pela tríplice partição do processo, de acordo com as finalidades de cada um, conhecimento, execução e cautelar, não contemplou, de início, nenhuma forma de antecipação da medida satisfativa, reservando-a apenas para a sentença

final. Verdade é que, como bem já lembrava Humberto Theodoro Júnior, ainda que houvesse a restrição, não seria tão completa, pois, ao lado das medidas típicas de cautela, outras podiam, instrumentalmente, ser criadas: “Esse poder de criar providências de segurança, fora dos casos típicos já arrolados pelo Código, recebe, doutrinariamente, o nome de poder geral de cautela” (*Curso de direito processual civil*. 6. ed. Forense, v. 2, p. 122). A questão, todavia, na prática, revelava alguma dificuldade, pois, em casos, os mais variados, difícil seria a distinção, tanto que, ao se criar a antecipação brasileira, autores de monta, como é caso de José Roberto Bedaque, afirmavam que pouca utilidade prática poderia revelar: “Não vejo motivo para a criação de forma autônoma de tutela, com todas características de cautelar, apenas pelo caráter antecipatório da medida ou pelo rigor eventualmente maior quanto à probabilidade de existência do direito” (*Tutela cautelar e tutela antecipada*, Malheiros, 1978, p. 287).

A diferença entre uma e outra espécie de tutela, na verdade, dentro do rigor ontológico, sempre existiu, e a questão da antecipação da tutela nunca foi nova, nem nas legislações mais tradicionais.

2. Na França, seguindo a linha do anterior, o “*Nouveau Code de Procedure Civile*” adotou as

chama-das *Ordonnances de référées*, que são medidas de regulamentação de urgência, permitidas a um juiz não encarregado do feito principal, facultando-lhe ordenar imediatamente medidas necessárias para tal (art. 484). Tais medidas servem, sobretudo, para fazer cessar turbação manifestamente ilícita, para conceder uma provisão ao credor e execução de obrigação ainda que de fazer, inclusive com fixação de *astreintes*, sendo possível a execução provisória.

Na Alemanha, o § 935 da ZPO cuida de medida cautelar atípica, de caráter tão-somente assecurativo, enquanto o § 940 não confere garantia à pretensão, mas, em típica forma de antecipação, tem função reguladora da própria relação jurídica (BAUR, Fritz. *Tutela jurídica mediante medidas cautelares*, Fabris, 1985, p. 70).

Na Itália, embora juristas como Calamandrei admitissem alguns tipos de antecipação, em forma de cautela (*Introduzione Allo Studio Sistemático Dei Provvedimenti Cautelari*, 1936, p. 38-39), só em 1942, introduziu-se o art. 700 no *Código de Procedure Civile*, mais ou menos, nestes termos:

[...] fora dos casos regulados nas seções procedentes deste capítulo, quem tiver fundado motivo de temer que o tempo que possa decorrer para que se reconheça seu direito nas vias comuns, por estar este ameaçado de perigo iminente e irreparável, poderá requerer ao juiz provimento de urgência, que se apresente, segundo a circunstância, como meio idôneo a assegurar provisoriamente os efeitos da decisão de mérito.

Tal dispositivo permitiu não só que se entendesse como adotado o poder geral de cautela, como também consagrou a possibilidade de antecipação da própria tutela requerida.

3. A Lei n. 8.952, de 13.12.94, reformulando o art. 273, inclusive com o acréscimo de cinco parágrafos (depois aumentados para sete), introduziu no sistema processual brasileiro, a exemplo de outras legislações, a tutela antecipada da decisão de mérito. Não houve, contudo, quebra do sistema, pois o processo cautelar foi mantido, na sua forma de processo propriamente dito, enquanto a antecipação da tutela seria sempre concedida incidentalmente no próprio processo a que se referisse.

O texto do art. 273, em seu *caput*, primitivamente era o seguinte:

O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e: I - haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou II - fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

A matéria foi, sem dúvida a primeira grande inovação do processo brasileiro, sem afetar-lhe qualquer

ponto estrutural. Nos dias de hoje, porém, depois de passados quase 14 anos da implantação, é salutar que se faça análise crítica do que se pretendeu, do que se realizou e do que se está realizando.

Em comparação com outras legislações, pode-se, facilmente, observar que a forma como foi introduzida, no Brasil, a antecipação da tutela tem critério diverso de outras legislações, porque, enquanto a alemã, a italiana, e mais recentemente a portuguesa, se preocuparam apenas com a possibilidade da antecipação, a lei brasileira foi bem além, procurando estabelecer requisitos objetivos que autorizassem a concessão antecipatória.

4. A primeira dissensão doutrinária a respeito do novo art. 273 foi com relação à limitação da própria antecipação, alguns entendendo que *efeitos* e a própria tutela se equiparariam, outros estabelecendo nítida distinção entre eles. Cândido Dinamarco, por exemplo, afirmava que a redação do art. 273 seria defeituosa, na consideração de que a tutela, sendo um valor em si mesma e não se confundindo com o ato processual que a antecipa, seria ela própria a antecipar-se e não os respectivos efeitos (Tutela jurisdicional, RF 334/28).

Talvez tenha sido o pensamento do Prof. Dinamarco que fez com que o professor paulista Rodolfo de Camargo Mancuso excluísse da possibilidade da antecipação as sentenças constitutivas e declaratórias:

Por fim, queremos aludir à circunstância de que, se os efeitos (da tutela pretendida) é que ficam antecipados, o bom senso sinaliza - malgrado o silêncio da lei - que tal deva ocorrer, no processo de conhecimento, em ações condenatórias, ou seja, onde possa existir um 'comando' que comporte antecipação (ações de prestação, positivas ou negativas). É que, com relação às (des)constitutivas, elas promovem 'automaticamente' a alteração do *statu quo ante* (v. g. quando rescindem um contrato ou anulam casamento) e assim esbarriam no 'requisito negativo' constante do § 2º do art. 273: não pode haver antecipação se 'houver perigo de irreversibilidade'. Já as declaratórias não têm comando, valem como preceito na medida em que apenas eliminam situação de incerteza (art. 4º do CPC), de sorte que nelas não se perscruta o que poderia vir a ser antecipado ou qual situação de urgência poderia ser historiada (Tutela antecipada, in *Reforma do Código de Processo Civil*, Saraiva, 1996, p. 184).

Para que se preste cautela ao resultado prático do processo, contenta-se com o *fumus boni iuris*, mas, para a antecipação da tutela, exige-se *prova inequívoca* e convencimento da *verossimilhança* da alegação, situações que, evidentemente, não se confundem.

Na verdade, pelo sistema brasileiro, no processo de conhecimento, qualquer que seja o provimento pleiteado, possível será antecipar-lhe efeitos, "...resguardada evidentemente a utilidade prática da medida, mas sem necessidade de haver correspondência entre a natureza da decisão que se pretende e o efeito que se

quer antecipar” (Ernane Fidélis dos Santos, *Novíssimos perfis do processo civil brasileiro*, Del Rey, 1999, p. 28). Guardando-se, assim, perfeita distinção entre a tutela que se pretende em sua estrutura básica e seus efeitos, possível será a antecipação destes últimos, qualquer que seja a natureza do provimento: declaração, condenação ou constitutividade.

Com bem mais segurança, a matéria foi exposta por Teori Albino Zavascki, quando lembra que, nas ações declaratórias e nas constitutivas, a sentença, além do efeito *preponderante*, tem também o que chama de *efeito de preceito*. O preceito faz lei entre as partes, prescreve, por assim dizer, criando o que se denomina *eficácia negativa*, e “...essa eficácia negativa é, certamente, passível de antecipação, o que se dá necessariamente mediante ordens de não fazer contra o preceito, ou seja, ordens de abstenção, de sustação, de atos ou comportamentos” (Antecipação da tutela e colisão de direitos fundamentais, in *Reforma do Código de Processo Civil*, cit., p. 159). O exemplo mais eloqüente ocorreria nos casos das ações declaratórias negativas, cujo provimento antecipado poderia impedir o protesto do título e a própria execução contrária. Em ação de desconstituição poder-se-ia lembrar, por exemplo, da determinação antecipada de devolução do pagamento do preço, em contrato que se pretende rescindir.

De igual sentir poder-se-ia também citar Ovídio Batista da Silva:

A análise precedente autoriza-nos a concluir que o campo de incidência das liminares antecipatórias previstas no art. 273, em sua nova redação, coincide com os efeitos - nunca com o conteúdo - de qualquer uma dessas três ações (declaratórias, constitutivas e condenatórias) que se caracterizam por sua natureza de efeitos práticos, não normativos, o que corresponde a afirmar que os efeitos que poderão ser antecipados serão sempre, e exclusivamente, os efeitos executivos e mandamentais, já que, como acabamos de ver, os efeitos normativos da sentença (declarar e constituir) não podem ser (provisoriamente) antecipados (A antecipação da tutela na recente reforma processual, in *Reforma do Código de Processo Civil brasileiro*, cit., p. 132).

A antecipação nunca é propriamente do provimento judicial em si, mas de efeitos que lhe são próprios, sejam eles principais ou secundários. Em pedido reivindicatório de bem, por exemplo, a condenação que determina a entrega é efeito necessário do reconhecimento do direito de possuir. Nesse caso, na antecipação, se for o caso, o juiz não chega a declarar tal direito, nem provisoriamente, pode-se dizer, mas, ainda que fulcrado em juízo sobre o direito de possuir, o que ele faz é conceder, temporariamente, a tutela referente à efetiva posse do bem, efeito de mencionado direito.

5. Outros requisitos de ordem objetiva que trouxe a inovação foram a chamada *prova inequívoca*, conjugada com a expressão *verossimilhança*, na verdade, mais filosófica do que jurídica

Os doutrinadores, de modo geral, preferiam conceituar *prova inequívoca* e *verossimilhança* como requisito único, completando-se dentro de um critério de acentuada *probabilidade*. Carreira Alvim, por exemplo, afirmava:

Em sede de antecipação de tutela - tanto no processo de conhecimento quanto no cautelar -, são estes igualmente os estados do intelecto do julgador, diante da verdade: ignorância, dúvida, opinião e certeza. Afóra a ignorância (que é o completo desconhecimento) e a certeza (que é conhecimento completo), interessam-nos as situações intermédias, residindo numa delas - na opinião ou probabilidade - aquilo que a lei chama de *verossimilhança* (*Reforma do Código de Processo Civil*, cit., p. 61).

E, completando com o conceito de *prova inequívoca*:

...pode-se concluir que prova inequívoca deve ser considerada aquela que apresenta um grau de convencimento tal que, a seu respeito, não possa ser levantada qualquer dúvida, ou, em outros termos, cuja autenticidade ou veracidade seja provável (A reforma do Código de Processo Civil, cit., p. 67).

Em outras palavras, a antecipação se justifica pelo que, no juízo do julgador, tenha-se por simplesmente *provável* e não por *certo*.

Também Cândido Dinamarco, tomando por fundamento o conceito de *probabilidade* de Malatesta, segundo o qual esta existiria quando houvesse preponderância dos motivos de crença de determinada situação sobre os motivos contrários, chega à conclusão de que a *verossimilhança*, informada pela *prova inequívoca*, é um estágio a mais da situação informada pelo simples *fumus boni iuris*:

O grau dessa probabilidade será apreciado pelo juiz, prudentemente e atento à gravidade da medida a conceder. A exigência de prova inequívoca significa que a mera aparência não basta e que a *verossimilhança* exigida é mais do que o *fumus boni iuris* exigido para a tutela cautelar (A reforma do Código de Processo Civil, 2. ed., Malheiros, p. 143).

Nelson Néry Júnior, nesta esteira, deu plena relevância à *probabilidade*:

Para conciliar as expressões ‘prova inequívoca’ e ‘verossimilhança’, aparentemente contraditórias, exigidas como requisitos para a antecipação da tutela de mérito, é preciso encontrar um ponto de equilíbrio entre elas, o que se consegue com o conceito de probabilidade, mais forte do que verossimilhança mas não tão peremptório quanto o de prova inequívoca. É mais do que o *fumus boni iuris*, requisito exigido para a concessão de medidas cautelares no sistema processual civil brasileiro (*Atualidades sobre o processo civil*, Revista dos Tribunais, 1995, p. 53).

Há, na doutrina nacional, por outro lado, posições diametralmente opostas ao simples critério da *probabilidade*. O grande processualista Calmon de Passos, por exemplo, só concebe a tutela antecipada para emprestar

eficácia executiva provisória à decisão de mérito, que dela é desprovida, não admitindo como *prova inequívoca* senão a que serviu de sustentação à sentença de mérito: “A antecipação da tutela pede prova inequívoca da alegação do autor, pelo que ela é insuscetível de ser deferida sem que já tenha havido, ou ocorra concomitantemente, a decisão de mérito na demanda cuja tutela se pretende antecipar” (*Reforma do Código de Processo Civil*, cit., p. 213); mas também há quem defenda a antecipação pela simples preponderância de interesse:

No juízo sumário, o juiz ainda não sabe se o direito afirmado existe, embora possa saber que ele, por ser verossímil, merece tutela imediata, porque há fundado receio de dano. Há casos, porém, em que o magistrado percebe que, para tutelar o provável direito do autor, provocará um risco irreversível ao réu. Nessas situações, cabe ao juiz verificar se é justificável correr tal risco. À primeira vista, seria fácil concluir que a tutela antecipatória não poderá ser concedida quando puder causar um dano maior do que aquele que pretende evitar. Contudo, para que o juiz possa concluir se é justificável ou não o risco, ele necessariamente deverá estabelecer uma prevalência axiológica de um dos bens em vista do outro, de acordo com os valores do seu momento histórico (MARINONI, Luiz Guilherme. *A antecipação da tutela na reforma do Processo Civil*, Malheiros, 1995, p. 83).

Muito embora as proposições possam suscitar alguma controvérsia acadêmica, no âmbito do direito positivo, em face dos termos da lei, só podem ser vistas como meras sugestões *de lege ferenda*.

Particularmente, sempre concluí que, para a tutela antecipatória, diz-se que convencimento de verossimilhança nada mais é do que um juízo de certeza, de efeitos processuais provisórios, sobre os fatos em que se fundamenta a pretensão, em razão de inexistência de qualquer motivo de crença em sentido contrário. Provas existentes, pois, que tornam o fato, pelo menos provisoriamente, indene de qualquer dúvida. Não havendo a prova concludente, mas sendo fortes os motivos de crença, a verossimilhança não deixa de existir, mas, neste caso, o juízo de máxima probabilidade (nome que Micheli Spinelí dá à certeza absoluta) cede lugar à simples possibilidade, mera aparência que pode revelar o *fumus boni iuris*, informador apenas da tutela cautelar.

Kazuo Watanabe, um dos inspiradores da antecipação, parece não se distanciar de nosso pensamento quando afirma:

Mas um ponto deve ficar bem sublinhado: prova inequívoca não é a mesma coisa que *fumus boni iuris* do processo cautelar. O juízo fundado em prova inequívoca, uma prova que convença bastante, que não apresente dubiedade, é seguramente mais intenso que o juízo assentado em simples ‘fumaça’, que somente permite a visualização de mera silhueta sombreada de um direito... Está nesse requisito uma medida de salvaguarda, que se contrapõe à ampliação da tutela antecipatória para todo e qualquer processo de conhecimento. Bem se percebe, assim, que não se trata de tutela que possa ser concedida prodigamente, com mero

juízo baseado em ‘fumaça de bom direito’, como vinha ocorrendo com a ação cautelar inominada” (*Tutela antecipatória específica das obrigações de fazer e não fazer*, in *Reforma do Código de Processo Civil*, cit., p. 34).

E Egas D. Moniz de Aragão, muito embora faça referência à forte possibilidade, não deixa de relacionar a *prova inequívoca* e *verossimilhança* com o *convencimento pleno* do juiz:

Devem exigir mais, devem verificar se há forte probabilidade de o autor ter razão. Não se trata, obviamente, de pretender prova cabal, como se a instrução probatória estivesse concluída, mas, isto sim, de ser bastante possível de ao final da instrução probatória confirmar-se o que alega o autor da ação. Como dispõe a lei francesa, incumbe verificar se, diante do que afirma o autor, o réu fica em situação tal que sua defesa nada pode opor-lhe de realmente sério (*Reforma do Código de Processo Civil*, cit., p. 242).

A posição do Prof. Arruda Alvim, embora aparentemente siga a linha da *probabilidade*, situa-se, como a nossa, no juízo de certeza. Apenas, em razão da provisoriedade da decisão, fala em *certeza menor*. Não tendo, todavia, como se classificar a *certeza* em graus, quer-me parecer que o ilustre mestre também tem a *verossimilhança* como o convencimento pleno, diferenciado apenas pelo efeito externo da provisoriedade, tanto que conclui:

Por isso, as expressões prova inequívoca significam, apenas, que o juiz, para conceder a tutela, deverá estar firmemente convencido da verossimilhança da situação jurídica apresentada pelo autor e, bem assim, da juridicidade da solução pleiteada (*Tutela antecipatória*, in *Reforma do Código de Processo Civil*, cit., p. 111).

Os efeitos antecipados poderão ter também natureza diversa: declaratória - por exemplo, quando o juiz afirma inexistente o débito, caso em que, pelo menos provisoriamente, há de ser observado pelas partes o preceito, ficando vedada a cobrança ou a execução, ou quando, em pedido declaratório de servidão, antecipa-se o efeito, garantindo-se o respectivo uso, ou, na negatória, faz-se a respectiva proibição; constitutiva - quando, por exemplo, altera o juiz a composição da diretoria da empresa; condenatória - quando, por exemplo, condena-se provisoriamente ao pagamento de determinada importância ou a entrega de coisa.

6. Como a antecipação, em seus efeitos processuais, é provisória, a lei brasileira foi expressa também em não admiti-la, se não comportasse reversibilidade. A irreversibilidade se traduz na impossibilidade material de se voltarem as coisas ao estado anterior. Como, por exemplo, reconhecer antecipadamente a inexistência de servidão, proibindo-se-lhe o uso, se tal importar em destruição de obra que inviabilizará por completo o direito, na hipótese de decisão posterior diversa. Não se

confunde, porém, a simples irreversibilidade material com a jurídica, que ocorre quando há completa falta de possibilidade de o resultado prático do processo ser atingido, a não ser por sentença definitiva e transitada. É a hipótese da sentença de divórcio. Podem-se adiantar efeitos, de ordem patrimonial ou não, que decorreriam da decretação do divórcio, mas nunca o divórcio em si.

A lei (art. 273, § 2º) foi até mais além, pois não falou apenas em *irreversibilidade*, mas em *perigo de irreversibilidade*. A irreversibilidade ou o perigo de irreversibilidade, no entanto, devem ser focados exclusivamente sob o aspecto material da situação, e não da própria situação relativizada. No exemplo dado da servidão, bastaria que, para efetivar a situação do não-uso da coisa serviente, alguma coisa devesse ser feita que pusesse em risco a própria existência do direito, se depois reconhecido, mas não será negada a antecipação se o autor tiver, por exemplo, dificuldades financeiras de ressarcir prejuízos futuros, ou de voltar as coisas ao estado anterior.

Uma afirmação, todavia, deve ser tida como certa: o efeito preponderante da declaração e da constitutividade estará sempre na linha da *irreversibilidade absoluta*, ou seja, não se considera declarada existência ou inexistência de relação jurídica ou não se constitui ou desconstitui ato ou relação jurídica senão por meio de decisão definitiva. Qual seria, porém, a eficácia da tutela antecipada que assim o fizesse? A declaração, por exemplo, da nulidade absoluta de um casamento e a decisão antecipada do divórcio? Eficácia nenhuma, quer-me parecer. Decisão sem qualquer efeito prático, equiparável à própria inexistência e que nem as partes, nem terceiros, nem ninguém a ela deve submeter-se.

7. Os primitivos requisitos objetivos da antecipação de efeitos da tutela tinham, na verdade, a *prova inequívoca*, a *verossimilhança* e a *irreversibilidade* como únicos pontos de referência. No entanto, a Lei n. 10.444, de 7 de maio de 2002, acresceu o § 6º ao art. 273, estabelecendo que: "A tutela antecipada também poderá ser concedida quando um ou mais pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso". Trata-se de requisitos de ordem objetiva, porque a idéia de "incontroversia", na verdade, estabeleceu-se como novo pressuposto, autônomo, ao lado dos requisitos da prova inequívoca e da verossimilhança.

Jamais se negou a possibilidade de antecipação parcial nos pedidos cumulados, ou até em parcela deles, quando houvesse prova inequívoca e verossimilhança. Em reivindicação de imóvel, cumulada com perdas e danos, se o réu se opõe ao autor, pretendendo justificar a propriedade, com promessa de venda não registrada contra transcrição formal no Registro de Imóveis, a devolução do imóvel pode ser determinada em antecipação, mas não as perdas e danos, se delas não houver

inequívocidade da prova e verossimilhança. Com fundamento em prova inequívoca e verossimilhança da reivindicação, nunca em incontroversia, já que, de qualquer forma, o pedido foi contestado. Diga-se, porém, que, em reivindicação de bem imóvel, com simples alegação de propriedade, o réu não a contesta, mas discorda de perdas e danos reclamados, sem que, nos autos, haja prova inequívoca a respeito. A antecipação pode ser dada com base exclusiva na "incontroversia".

A antecipação pode também ser relativa apenas à parcela do pedido que o réu exclui da contestação, o que é muito comum em dívida de dinheiro, ou de devolução de bens em conjunto. Em dívida de cem, por exemplo, impugna cinqüenta, ou seus acessórios. Reclamam-se vinte cabeças de gado, mas o réu contesta o débito de dez.

Há mister observar que a *incontroversia* há de ser efetiva e compreendida sem qualquer possibilidade de prejudicialidade. Se se reivindicam bens com perdas e danos e o réu contesta a reivindicação, silenciando sobre os últimos, não poderá haver antecipação de tutela sobre eles, visto que a procedência do último pedido é conseqüência do primeiro.

A *incontroversia*, por outro lado, assim como na hipótese do abuso do direito de defesa, dispensa o requisito do *periculum in mora* e, como na hipótese dos pressupostos da prova inequívoca e verossimilhança, envolve a situação processual em si, sendo irrelevante a condição de parte e situações especiais, como revelia por citação ficta.

8. Primitivamente, a antecipação de tutela, além dos requisitos de ordem objetiva, fazia ressaltar outros, de ordem subjetiva. O primeiro, o *periculum in mora* (art. 273, I), comum à medida cautelar; o segundo, com outra motivação, seria o *abuso de direito de defesa*, ou o *intuito protelatório* (art. 273, II), parecendo, na primeira hipótese, caso de abuso, que a questão poderia ser examinada apenas do ângulo objetivo, já que bastava a defesa absurda, sem questionar-se sobre a verdadeira intenção do réu.

9. O que, efetivamente, caracterizou o instituto da antecipação da tutela, sob o aspecto de sua aplicação prática e concreta, não seriam, na verdade, as características próprias de seus elementos definitórios legais, mas, muito mais, a forma mais elástica e flexível da *discricionariedade* do juiz em sua concessão, ainda que, no sistema recursal brasileiro, tratando-se de decisão, fique sempre sujeita à reapreciação por órgão judiciário superior. Nos pretórios, pouco importa o entendimento, correto ou não, dos conceitos de *prova inequívoca*, *verossimilhança*, *irreversibilidade*, *periculum in mora*, *abuso de direito*, ou *incontroversia*, já que, ao próprio julgador, para apreciação de tais circunstâncias, os entendimentos não encontram, no seu mérito, qual-

quer informação de dado específico que deva ser atendido, nas respectivas deduções.

Logo após a instituição da antecipação de tutela, sabendo-se, inclusive, que os dissensos doutrinários e jurisprudenciais sobre conceitos eram intensos, o uso desenfreado, por assim dizer, da nova faculdade processual, que passou, mesmo, em grande incidência de casos, a ser o ponto fulcral do processo de conhecimento, obrigou a prática judicial não a acomodar as concordâncias e discordâncias, mas a idealizar, caso a caso, sem preocupação da nítida separação de conceitos, os sentidos definitórios das expressões *prova inequívoca* e *verossimilhança*.

Certo é que nunca se chegou a um consenso doutrinário sobre o exato sentido da *inequívocidade da prova*, de processo em andamento, sujeito a mudanças fáticas, e da *verossimilhança*, como manifestação de proximidade da verdade, quando esta nada tem de próximo nem de distante do que é real ou não é, e esta reiteração constante de indagações, em todas as instâncias, fez com que a antecipação da tutela não decorresse das exatas definições de termos, mas de uma realidade prática e teleológica que justifique as razões do próprio instituto, ou seja, a evitação do retardamento do gozo dos direitos, ainda que se pudesse, em tese e no rigor da função processual, trazer sacrifício à segurança das partes.

Caso a caso, a conjugação dos elementos é que vai revelar a oportunidade e conveniência da antecipação da tutela. Evidente que a prova pré-examinada e a verdade provisória que se permite formar com a realidade dos fatos darão sempre o norte orientador da concessão da medida, mas o próprio poder discriminatório que se empresta ao juiz exercerá a importância mais relevante da concessão, mesmo porque a presunção que se firma é a de que o julgador aja, no comum, com a sensatez que o cargo exige.

Desenvolveu-se, pois, no Brasil, a antecipação da tutela, como, aliás, já vinha sendo praticado no direito italiano, com a utilidade prática contra o retardamento das decisões, suplantando todos os conceitos técnicos e jurídicos, que sugeriram a arguta intervenção do legislador brasileiro.

Nos pretórios, não houve muita dificuldade prática em se adaptar à tendência que o próprio instituto conferia ao julgador, ou seja, a discricionariedade, inclusive na definição dos termos que a lei adotava, de forma tal que *prova inequívoca* e *verossimilhança* passaram, em conjunto, a significar estado de convencimento, só que não definitivo, em razão da própria provisoriedade da medida.

Outra verdade, todavia, não muito auspiciosa, foi a de que a antecipação da tutela passou a constituir verdadeira disputa incidente do processo de conhecimento, principalmente depois da concessão que se fez ao relator do agravo de instrumento, de dar efeito suspensivo ao recurso, e, após, até de antecipar a própria decisão concessiva no agravo.

Hoje, depois de quase quinze anos de prática da antecipação da tutela, o que se tem observado são algumas virtudes, ditadas pela própria lei, e que tem sido atendidas, mas também alguns defeitos de método de julgamento que a lei, como é curial, deixou de prever, mesmo porque tal previsão é decorrência da própria lógica processual, quando consagra a *discricionariedade* como princípio reitor.

10. A única exigência formal quanto à legalidade da medida é sua fundamentação, sem a qual a nulidade do ato deve ser decretada a qualquer momento. Fundamentação, no entanto, só quando a medida for concedida (§ 1º do art. 273), ou quando revogada ou anulada (§ 4º do art. 273), exatamente porque seu caráter é incidental. Neste caso, a negativa é o reconhecimento implícito de sua não-aplicabilidade, e sua revogação ou anulação, decisão que importa em solucionar o incidente já admitido. Isto não quer dizer, no entanto, que a negativa de concessão ou de revogação não possa ser revista pelo órgão recursal. Pode, e a diferença está em que concessão ou revogação, sem fundamentação, anula o ato, enquanto a negativa, simplesmente, pode ser corrigida.

Após a sentença, o juiz esgota seu ofício jurisdicional, não lhe sendo mais permitido nem conceder, nem revogar, nem modificar a antecipação, o que também não se atribui ao órgão recursal, que somente examina a matéria em recurso específico.

A antecipação da tutela tomou certo vulto no Brasil, de modo que sua previsão passou a ser feita, até expressamente, em procedimentos esparsos e, na área do processo comum, raras são as demandas em que não se requer a medida, e - diga-se de passagem - com certos reflexos negativos, já que se cria verdadeiro procedimento incidental dentro do processo, asoberbando os tribunais, pois, qualquer que seja o resultado obtido, a matéria acaba chegando aos órgãos julgadores: pedido negado, agravo de instrumento, para se conceder; pedido concedido, agravo de instrumento para revogá-lo.

11. Infelizmente - e isto não é culpa da lei -, o defeito de método do próprio julgador é que, às vezes, tem desvirtuado o instituto e até causado o inconveniente e abarrotamento de pedidos na primeira instância e recursos nos tribunais.

A antecipação da tutela, na verdade, pelo menos no maior número de vezes, tem, em primeiro lugar, o objetivo de função cautelar, de forma tal que, se não concedida, haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação (inciso I do art. 273), ou seja, o direito, ao final, com procedência ou não do pedido, não será gozado, ou sê-lo-á, mas com possível dano irreparável pela demora. É o mesmo *periculum in mora* das medidas cautelares. Tal circunstância, porém, exigida

para a concessão, faz do instituto verdadeira exceção, somente concedida, em conseqüência, dentro de circunstâncias *extra processum*. Neste caso, em razão de tal caráter, o método ideal a ser seguido pelo julgador, dotado de poder de *discricionarietà*, será o exame da própria justificativa da exceção, pois, não existindo tal suporte, os demais requisitos da tutela não merecem nem ser sopesados.

O prejuízo, referido na lei, não se confunde com o incômodo e a inconveniência decorrentes da marcha normal do processo, mas de situação anômala, particularíssima, relacionada com a parte especificamente. A lei, por exemplo, confere ao funcionário público certo benefício pecuniário, mas o Estado lho está negando. Acertados os fatos por meio de prova inequívoca, o juiz se convence, de antemão, da verossimilhança do pedido, mas nem só por isso poderá conceder a antecipação. O funcionário, todavia, traz aos autos elementos que comprovam a necessidade do recebimento do benefício, para fazer face a despesas extraordinárias, provocadas, digamos, por doença em família. A antecipação passa, então, a ser justificada.

Conforme se disse, raros são, hoje, os processos de conhecimento, onde não se pede a antecipação da tutela, como medida prévia, bem como, principalmente em causas de maior vulto, não haja o respectivo recurso contra a concessão ou contra a negativa. É, em grande número de vezes, também, sem preocupar-se com a pesquisa dos requisitos de ordem subjetiva, os de ordem objetiva acham-se presentes, e o julgador, com errado método, concede, às vezes, a tutela, pesquisando apenas com os últimos. É o caso prático, por exemplo, do pedido de antecipação feito por potente empresa bancária de suspender a eficácia de lançamento tributário de pequena monta, como antecipação da tutela. Evidente que podem até estar presentes elementos de convencimento em sentido contrário, mas a tutela antecipada não se justifica, quando possível prejuízo financeiro da entidade não lhe abalar as bases, R\$ 50.000,00, por exemplo, para o Banco Santander. O mesmo não se daria, no entanto, se uma doméstica que sofreu atropelamento, suspendendo sua fonte de renda, pretendesse, como antecipação, módica prestação de auxílio no correr do processo.

A segunda hipótese, do ângulo da motivação subjetiva, ou seja, quando “fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu” (art. 273, II), é de outra conotação, porque, no particular, se despreza o requisito do *periculum in mora*, ficando na exclusiva órbita do *abuso de direito*. Aqui, a matéria, na verdade, exige maior delicadeza na análise do juiz no apreciar as condições de *abusividade*, mesmo porque tal conclusão vai depender de apreciação da própria defesa, ou da contumácia do réu, o que se fará *a posteriori*, e,

dentro da própria finalidade da antecipação, a questão se resume quase em julgamento definitivo.

Não há restrição à antecipação de efeitos da tutela por razão alguma, podendo ser concedida em qualquer procedimento e contra qualquer pessoa que seja, inclusive as de direito público, sendo inconstitucional qualquer lei que, porventura, venha querer diminuir-lhe a extensão. Quando se tratar de prestação de natureza alimentar contra a União, Estado ou Município, como, por exemplo, as que se pagam sob forma de pensão, em folha de pagamento, pode-se determinar desde logo a realização, apenas com o levantamento sujeito à caução.

12. Primitivamente, a lei reformista não fez previsão da execução da decisão de tutela antecipada, o que causava certo reflexo doutrinário de suma importância entre os processualistas. A tendência, na realidade, era conceder a tutela antecipada, natureza mais mandamental do que propriamente condenatória e geradora de obrigações.

Tentando solucionar a questão, o § 3º do art. 273, com a mesma inclusão da própria Lei 8.952/94, estabeleceu que “a execução da tutela antecipada, observará, no que couber, o disposto nos incisos II e III do art. 588”. O art. 588 tratava da execução provisória, e os incisos respectivos proibiam a abrangência de atos de alienação de domínio, levantamento da importância depositada, sem caução, e retorno das partes ao estado anterior, quando sobreviesse acórdão ou sentença, modificatórios ou anulatórios.

A Lei 10.444/2002 alterou os incisos II e III do art. 588, que, na execução provisória, passaram a permitir, além do levantamento de dinheiro, também atos de alienação de domínio, apenas com caução. Tais dispositivos, embora tenha havido alteração no sistema brasileiro de execução, ainda prevalecem, em parte, e se ampliam, em conseqüência da tutela antecipada, com as restrições dos § 1º e 2º do art. 588, introduzido pela Lei 11.232/2005, consignando, no primeiro dispositivo, a possibilidade da revogação ou anulação apenas parcial, aproveitando-se o restante, e, no segundo, dando-se ao juiz a faculdade de dispensar caução, quando o crédito for de natureza alimentar, até o limite de sessenta vezes o salário mínimo, quando o exequente se encontrasse em estado de necessidade, acertando-se, naturalmente, o crédito a prestação, pelo valor de cada uma.

No mesmo § 3º, introduzido pela Lei 10.444/2002, concluiu-se a possibilidade de a execução, no que couber, atender ao disposto nos §§ 4º e 5º do art. 461 e art. 461-A.

O § 4º do art. 461 prevê a fixação de multa para o cumprimento da obrigação, quando se cuida, naturalmente, de prestar fato ou abster-se de sua prática.

O § 5º do art. 273, introduzido, ainda, pela própria Lei 10.444/2002, além da multa, prevê, específica e genericamente, medidas que o juiz pode

adotar na execução. Especificamente, busca e apreensão, remoção de pessoas e de coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividades nocivas. Genericamente, toda e qualquer medida, dentro, naturalmente, dos limites jurisdicionais de medida que possam obter o mesmo prático equivalente.

O art. 461-A, por outro lado, com três parágrafos, que se refere ao cumprimento das obrigações de entrega de coisa certa, também se aplica, no que couber, à execução da antecipação da tutela.

13. A antecipação não se confunde com a medida cautelar, muito embora no Código da Itália se inclua como tal. A cautela, que tem sentido publicista, por garantir, em primeiro plano, a própria eficácia do processo, é de natureza instrumental e não se identifica com a medida satisfativa solicitada no processo acautelado; apreende-se o bem, por exemplo, para evitar sua daniificação, não para entregá-lo antecipadamente a quem o reivindica. Já a medida antecipada tem, qualitativamente, reflexos do mesmo conteúdo do que se pretende no pedido, por meio do julgamento definitivo. Por tais razões, requisito próprio da medida cautelar é apenas o *fumus boni iuris*, isto é, a simples possibilidade de bom êxito do que se almeja com o pedido feito ou a se fazer, enquanto na antecipação, embora provisório o provimento, exige-se prova que, por sua própria estrutura, gere convicção plena dos fatos, e juízo de certeza da definição jurídica respectiva.

Às vezes, sutis são os limites da medida tipicamente cautelar e os da tutela antecipada. Bedaque dos Santos, conforme acima se falou, já fizera tal previsão, e José Carlos Barbosa Moreira, com sua peculiar acuidade e perspicácia, doutrinava:

Outro fenômeno apontado pelos juízes é o da relativa indistinção, na prática, entre a antecipação da tutela e a tutela cautelar. Providências essencialmente cautelares são às vezes requeridas como providências antecipatórias. Não será de estranhar a confusão, se se tiver em vista a existência de dificuldades, mesmo do ponto de vista científico e dogmático, no traçado de linha divisória perfeitamente nítida entre os dois terrenos. Importaria aqui apurar como se têm conduzido, diante de situação do gênero, os órgãos judiciais. Em princípio, francamente, desde que não se altere a substância do pedido, não vislumbramos obstáculo irremovível à admissão de um requerimento pelo outro, determinando-se que o processamento observe a disciplina adequada à verdadeira natureza da matéria. O raciocínio será análogo ao que prevaleceu, no silêncio do Código, a favor da possibilidade de aproveitar-se, em certa medida, recurso inadequadamente interposto no lugar do cabível (*Gênese, Revista de Direito Processual*, v. 2, p. 345-346).

Tais ensinamentos, se se leva em consideração que o processo é meio e não fim, têm toda a procedência. Desde que, evidentemente, haja razoabilidade na dúvida dos limites da cautela e da antecipação, possível é que esta se defira como cautelar e aquela em forma de tutela antecipada. E, em qualquer das hipóteses, irrelevante é a forma, devendo os pressupostos de uma e de outra ser

atendidos em razão da própria estrutura da medida pleiteada.

A Lei n. 10.444, de 7 de maio de 2002, consagrou expressamente o princípio, acrescentando o § 7º ao art. 273: “Se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado”. Era o que defendíamos. O que a lei, no entanto, está dispensando é a formação regular do processo cautelar, mas é preciso atentar para a obrigatoriedade do contraditório, nunca dispensável.

O bom senso, por outro lado, indica que a medida cautelar incidente, pedida como antecipação, terá de, *prima facie*, apresentar-se com os respectivos pressupostos. Nesse caso, concedida, a parte contrária deve ser ouvida no prazo designado e solicitar, se pretender a respectiva revogação, que, se negada, não antes, ensejará o recurso de agravo.

Se, para concessão da cautelar, depender de prova, inclusive justificação, deve-se instaurar o processo respectivo. Proposta ação, por exemplo, para reaver coisa móvel, o autor demonstra por meio de anúncios de jornal que o réu está pretendendo vendê-la. Com a prova, a concessão do seqüestro poderá ser no próprio processo de conhecimento e em qualquer fase em que se encontrar. Se, no entanto, o *periculum in mora* tiver de ser demonstrado por prova oral, o processo cautelar deve ser instaurado.

É preciso observar também que a nova previsão do § 7º do art. 273 não tem o erro da parte como pressuposto, sendo de sua escolha o requerimento incidental, naturalmente correndo o risco de indeferimento, se não tiver condição de provar, de imediato, o alegado.

Não é demais entender que, em grau de recurso, qualquer das partes, recorrente ou requerido, pode também requerer a medida incidentemente.

Também não é demais repetir que a antecipação da tutela, quando requerida em forma cautelar, também pode ser concedida desde que ocorram os pressupostos.

Muito embora a medida cautelar, em princípio, deva ser um *minus* ou um *alter* em relação à medida satisfativa, casos existem em que a cautela só tem sentido quando se identifica com a primeira. São as chamadas relações de caráter duradouro (Fritz Baur), isto é, espécie de direito subjetivo que só não se perde e não se fulmina se, desde logo, for atendido, como é o caso da prestação de alimentos, que não admite retardo, e o do vizinho que, se não adentrar o imóvel do outro para os reparos no seu, terá o prédio em ruína. Em tais exceções, embora a satisfação venha antes, funcionalmente, a medida não perde o caráter cautelar, razão pela qual a concessão se satisfaz apenas com a possibilidade do bom direito (*fumus boni iuris*), e não com julgamento de extrema probabilidade, como deve ocorrer na antecipação.

...

Execução - URV - Embargos acolhidos - Reconhecimento da extinção da obrigação - Apelação - Preliminar de ofício - Sentença ilíquida - Valores incertos - Necessidade de liquidação por artigos - Sentença cassada

Ementa: Execução. URV. Embargos acolhidos. Reconhecimento da extinção da obrigação. Apelação. Preliminar de ofício. Sentença ilíquida. Valores incertos. Necessidade de liquidação por artigos. Sentença cassada.

- Embora haja referência a valores, se os mesmos não forem, de pronto, conhecidos e expressos na sentença, mister se faz a liquidação por artigos, para que se proceda à execução por quantia certa.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.03.111015-8/003 - Comarca de Belo Horizonte - Apelantes: Juvenato Barbosa de Souza e outra - Apelado: Estado Minas de Gerais - Relator: DES. ERNANE FIDÉLIS

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 6ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM ANULAR A EXECUÇÃO RADICALMENTE.

Belo Horizonte, 18 de março de 2008. - *Ernane Fidélis* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. ERNANE FIDÉLIS - Cuida-se de recurso de apelação interposto por Juvenato Barbosa de Souza e Alzira Alves Alencar, em face de sentença que, nos autos da impugnação à execução de sentença apresentada pelo Estado de Minas Gerais, julgou procedente o pedido para “declarar cumprida a obrigação de fazer” referente à recomposição dos vencimentos dos servidores, em virtude das perdas salariais decorrentes da URV, determinando, ainda, que os resíduos ou diferenças sejam apurados em liquidação, levando-se em conta os termos fixados na sentença/acórdão, até a data em que entrou em vigência a nova tabela salarial.

Requerem os apelantes a reforma da sentença, entendendo-a teratológica, visto que, além de afrontar a coisa julgada, acolheu, indevidamente, o pedido de compensação.

Consistem os autos em ação ordinária, ajuizada pelos apelantes e outros, todos servidores do Poder Executivo Estadual, visando à condenação do Estado de Minas Gerais a incorporar e pagar a diferença salarial advinda da conversão de seus vencimentos em URV, segundo a metodologia da Lei Estadual nº 11.510/94.

O pedido foi julgado procedente quanto aos apelantes, sendo determinada a recomposição da perda remuneratória sofrida, bem como o pagamento das parcelas pretéritas, respeitada a prescrição quinquenal. Tal *decisum* foi confirmado por este eg. Tribunal de Justiça (f. 408/412).

Às f. 435/436, os recorrentes propuseram execução de sentença, requerendo a citação do Estado de Minas Gerais para cumprir o que foi determinado no título executivo judicial.

O Estado apresentou impugnação à execução de sentença, alegando que, no curso do processo, houve a reestruturação da carreira dos profissionais da educação básica, através das Leis nºs 15.293/2004 e 15.784/2005, estabelecendo novas tabelas de remuneração para os servidores, a partir de setembro de 2005, com a conseqüente majoração do vencimento-base, em valores bem superiores à diferença de 2,78%, o que representa o pleno cumprimento da decisão executada, devendo, pois, ser extinta a obrigação de fazer.

O d. Magistrado, acolhendo as assertivas do Estado de Minas Gerais, declarou extinta a obrigação de fazer.

Verifico, *in casu*, a existência de prejudicial de exame de mérito, a qual vejo por bem suscitar de ofício.

Vê-se, claramente, que a decisão judicial, objeto da execução, não condenou o Estado a pagar valor determinado, mas fixou percentual a ser recomposto nos vencimentos dos apelantes, advindo da conversão realizada em URV.

No entanto, tanto os valores dos vencimentos, quanto os valores a serem computados, tornam-se desconhecidos, e, estranhamente, a parte que trata de declaração ou de condenação e obrigação de dar a quantia certa, pagar a quantia certa, passa a ser entendida como obrigação de fazer, o que na verdade não é, porque o Estado não está obrigado, nem há como obrigá-lo a fazer reajustes, a não ser por determinação legal declaratória do direito da parte, devidamente limitado e concreto.

Nesse caso, os embargos apresentados pelo Estado, dizendo que outros aumentos já cobriram aquele que foi contemplado pela URV, não têm nenhum fundamento jurídico e não podem, evidentemente, ser analisados em tal tipo de execução.

O título executivo deve se fundamentar em obrigação líquida e certa, e, ainda que aparentemente fácil seja a revelação do valor, se a este não faz referência, mister se faz a liquidação por artigos, apurando-se a importância indubitosa devida, com a respectiva declaração definitiva.

A matéria requer, pois, liquidação de sentença anterior para, posteriormente, proceder-se à execução, bem como exigir do Estado a recomposição salarial.

Diante de tais considerações, casso a sentença e anulo, radicalmente, a ação executiva, determinando

seja implementada a liquidação por artigos, na forma prevista no art. 475-E do CPC.

Custas e honorários advocatícios, pelos apelantes, que ora arbitro em R\$ 500,00 (quinhentos reais), suspendendo, contudo, a exigibilidade de tal condenação, nos termos do art. 12 da Lei nº 1.060/50.

É o meu voto.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES EDILSON FERNANDES e MAURÍCIO BARROS.

Súmula - ANULARAM A EXECUÇÃO RADICALMENTE.

...

Energia elétrica - Instrumento aferidor violado - Levantamento de diferença com fundamento em valor de parcela anterior - Resolução de entidade supervisora - Aplicação limitada - Crédito diverso extraído da própria instrução normativa

Ementa: Energia elétrica. Instrumento aferidor violado. Levantamento de diferença com fundamento em valor de parcela anterior. Resolução de entidade supervisora. Aplicação limitada. Critério diverso extraído da própria instrução normativa.

- Verificada a violação do aferidor de energia elétrica, possível será a apuração de faturamento a menor, levada pela própria disparidade de consumo no respectivo ciclo, satisfazendo-se o princípio do contraditório apenas com o procedimento administrativo de apuração do consumo.

- Reconhecido o faturamento diversificado, pode o juiz, com fundamento na própria demonstração de fornecimento de energia no tempo, extrair conclusões diversas de instruções normativas e fixar, com força em elementos concretos, o faturamento a menor que mais se aproxima da realidade.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.04.463296-6/001 - Co-marca de Belo Horizonte - Apelante: Gregos Troianos Estamparia Ltda. - Apelada: Cemig Cia. Energética de Minas Gerais - Relator: DES. ERNANE FIDÉLIS

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 6ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM DAR PROVIMENTO PARCIAL.

Belo Horizonte, 3 de junho de 2008. - *Ernane Fidélis* - Relator.

Notas taquigráficas

Proferiu sustentação oral, pela apelada, o Dr. Paulo Henrique B. Cruvinel.

DES. ERNANE FIDÉLIS - É de se reconhecer, antes de tudo, que, mormente após a Constituição de 1988, o princípio do contraditório e da ampla defesa tem sido alegado com certa constância e insistência, mas, sem se aperceber que, muitas vezes, deixa-se de observar que a pretensão de participação do interessado em determinadas fases de procedimentos administrativos se constitui em verdadeiro abuso e, rigorosamente, se assim compreendido, chega a atingir finalidade diversa e prejudicar a própria Administração, inviabilizando, principalmente, sua função fiscalizatória dos serviços públicos.

Há certos atos de aferição instrumental na distribuição dos serviços públicos, principalmente para acertamento de preço, que, pela própria natureza da função e da informalidade que a circunstância exige, faz-se sem obrigatoriedade da presença do interessado. Em tais hipóteses, a fiscalização apura o fato ou a circunstância duvidosa e atesta, mas como simples início de procedimento, com o agente público gozando, por assim dizer, de certa fé de ofício, mesmo porque de tal ato ainda nada se conclui.

O fato, ou, quando for o caso, a irregularidade apurada, não tem, por si só, a força de determinar as respectivas conseqüências, sendo apenas o ponto inicial e indiciário para se atingir o resultado final, que poderá, após o processamento regular, chegar a conclusões inclusive de existência de fraude, ou mesmo erro, que exija ressarcimento.

Verificada a violação do selo ou do lacre de garantia, só por isso, não se cria nenhuma presunção de pagamento a menor do consumo energético, mas isso autoriza o fornecedor a proceder a verificações comparativas, tomando como elemento aferidor dados concretos, e concluindo pela coincidência ou não de uns e outros, dos quais pode resultar a média de consumo do período anterior, média que, naturalmente, informando discrepância de um período com outro, exige o esclarecimento necessário, podendo indicar necessidade ou não de ressarcimento da empresa fornecedora, que, evidentemente, não pode ficar em prejuízo, mesmo pelo interesse público que representa.

Tomando, pois, por base, o ato indiciário inicial, atestado normalmente pelo funcionário da empresa, pesquisado pelo órgão próprio, e estabelecidos os cálculos de possível consumo não pago, aqui sim, surge a necessidade do contraditório. O interessado, nesta fase, é devidamente cientificado das ocorrências, e, a ele, se abre oportunidade plena de defesa. Neste caso, pode apresentar suas justificativas e impugnar a realidade dos cálculos e a inveracidade da média concluída.

O contraditório, pois, se aperfeiçoa com a ciência da pretensão do órgão, podendo o consumidor, em defesa, apresentar justificativa das divergências de consumo verificadas.

Conclui-se, pois, que a formação do procedimento administrativo não se fundamenta no simples fato da violação, ou da irregularidade, encontrada no instrumento de aferição, mas em relativa presunção de que o consumo, nas mesmas condições de uso, não pode sofrer violenta redução e, em conseqüência, ciente o interessado, permite-se sua defesa, de forma tal que tem ampla oportunidade de justificar a discrepância encontrada.

No caso dos autos ficou comprovado, com todos os requisitos, inclusive com preocupação de se dar ciência a interessados, a violação do laço do aferidor de consumo.

A respeitável sentença de primeiro grau, atendendo à própria defesa da apelada, entendeu que, corretamente, foi aplicado o art. 72, IV, letra "b", da Resolução 456/00, da Aneel, e, em conseqüência, julgou devida a pretensão de cobrança, inclusive com os consectários aplicados, mais ou menos, em forma de penalidade, como a chamada indenização de custo administrativo e enc. cap. emerg. Sem necessidade, porém, do excesso de palavreado da apelante, tanto na inicial, quanto na apuração do débito pretendido, que não pode prevalecer, sem que se faça a devida correção, se for o caso, no próprio procedimento administrativo.

Pelo que se observa do Termo de Ocorrência, de f. 19, inclusive com conhecimento pleno dos interessados, a irregularidade no medidor de energia se apurou em 4 de setembro de 2003.

Pela linguagem da letra "b", IV, do art. 72, da Resolução 456/00, da Aneel, quando não se puder estabelecer análise correta do consumo, este se calcula pelo maior valor ocorrido nos doze ciclos completos de medição normal, imediatamente anteriores ao início da irregularidade.

A Resolução 456 da Aneel, apesar de, no art. 2º, estabelecer, nada menos, do que 42 definições, não diz o que é ciclo; nem a própria apelada, apesar da longa dissertação de defesa, também não fornece nenhuma informação. No entanto, pelo chamado "Identificador Referência" (f. 76/77), no caso específico, os ciclos estão correspondendo exatamente aos meses dos anos respectivos.

Atesta-se, por outro lado, que a apelante não nega a diminuição de consumo em períodos anteriores à apuração de irregularidade do medidor. No entanto, valendo-se do próprio "Indicador Referência", há de se observar que a apelada considerou consumo a menor apenas relativo às referências que vão de março a agosto de 2003, sendo, neste caso, o consumo de 7.392 KWs mais alto até que o previsto no cálculo de f. 72.

A Resolução 456 da Aneel, na verdade, não é lei. Não sendo lei, pode até servir de norte para apuração

de consumo não faturado, mas, frente a dados concretos e considerados certos, o juiz pode atender a critério diverso, que mais se aproxima do raciocínio ideal e da própria lógica.

Conforme se falou, a apelante não nega a diminuição brusca de consumo, mas também não a justifica, já que, na fundamentação do pedido, fala apenas em crises econômicas, sem nada provar. Há, contudo, na própria pretensão da apelada certa contradição que, reparada, permite chegar a conclusão mais consentânea com a realidade.

Se, para aferir o que seria a quantidade correta do consumo energético, a apelada, seguindo a orientação normativa da Aneel - sem força de lei, conforme se disse -, faz pesquisa nos 12 meses anteriores, é evidente que qualquer das parcelas de consumo, se não estiver na faixa das classificadas como erradas ou fraudulentas, são aceitas como corretas. E, se corretas, qualquer delas pode servir de parâmetro para o ajustamento, devendo, em conseqüência, é claro, ser adotada a referente ao ciclo de menor consumo, não excluído da correção e legitimidade, exatamente porque assim é aceito. Neste caso, valendo-se do próprio critério proposto pela Aneel, com a adaptação que a hipótese exige, verifica-se que, no "Identificador Referência" de f. 76/77, o menor consumo acatado como certo foi o do ciclo de janeiro de 2003, que atesta o consumo de 2.049 KWs, inferior mesmo ao de agosto de 2003, que deve, em conseqüência, ser excluído da faixa de suspeição. Sobram, assim, os quatro meses que vão de abril a julho de 2003, inclusive.

Nessa linha de conclusões, é de se verificar que nos quatro meses acima referidos deve incidir o reajuste. No total de referidos ciclos, o faturamento foi sobre 1.684 KW/h, quando, presumidamente, deveria ser 8.196 kws (2.049 X 4), restando, pois, a faturar não 17.318, mas apenas 6.512 KWs.

No que se refere à cobrança dos chamados Custo Administrativo e Enc. Cap. Emergência, que, à falta de qualquer outro esclarecimento, devem, realmente, ser tidos como penalidades, mas os quais a apelada não se dignou a justificar, por tais razões é também de se excluir.

Com tais considerações, dou provimento parcial ao recurso, para declarar devido o faturamento de apenas 6.512KWs, cujo valor deve ser acompanhado do respectivo tributo, excluídas as demais parcelas acessórias.

Custas, na proporção de 50% para cada parte, compensados honorários advocatícios.

É o meu voto.

DES. EDILSON FERNANDES - Sr. Presidente.

Ouvi, com atenção, a objetiva e bastante clara sustentação oral.

Da análise que fiz dos autos, cheguei à mesma conclusão a que chegou o eminente Relator, motivo pelo

qual, adotando os fundamentos que ele acaba de proferir, também dou provimento parcial ao recurso.

DES. MAURÍCIO BARROS - Também acompanho o eminente Relator.

Súmula - DERAM PROVIMENTO PARCIAL.

...

Entidade familiar - Pessoas do mesmo sexo - Reconhecimento e dissolução - Vedação constitucional - Partilha de bens - Jurisdição voluntária - Forma indevida

Ementa: Entidade familiar. Pessoas do mesmo sexo. Reconhecimento e dissolução. Vedação constitucional. Partilha de bens. Jurisdição voluntária. Forma indevida.

- A Constituição da República não considera como entidade familiar a união entre pessoas do mesmo sexo, sendo casuísticas as respectivas definições do art. 226.

- A atuação do juiz, em jurisdição voluntária, só ocorre, quando a lei exigir ou permitir, não podendo a homologação judicial substituir os meios próprios de alienação de bens.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.07.480844-5/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelantes: E.R.S. e outra - Relator: DES. ERNANE FIDÉLIS

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 6ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 12 de fevereiro de 2008. - *Ernane Fidélis* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. ERNANE FIDÉLIS - Cuida-se de pedido de reconhecimento e dissolução de entidade familiar, com a consequente partilha de bens comuns, ajuizado por E.R.S. e E.C.N.P., pretendendo seja homologado o acordo quanto ao reconhecimento de entidade familiar, sua dissolução e divisão de bens.

A petição inicial foi indeferida liminarmente, entendendo o d. Juiz ser o pedido juridicamente impossível, com o fundamento de que a entidade familiar entre pessoas do mesmo sexo não é reconhecida pelo nosso ordenamento jurídico.

As requerentes apelaram, pretendendo a reforma da r. sentença, alegando que em momento algum pugnaram pelo reconhecimento de união estável, mas de existência de entidade familiar, por convivência comum; que nosso sistema jurídico identifica, especialmente no art. 226 da CF, alguns tipos de entidade familiar, o que não quer dizer que outras formas de união, inclusive entre pessoas do mesmo sexo, não se caracterizem como tal, entendendo ser justa a aplicação extensiva da lei, inclusive por interpretação analógica.

Há de se fazer, de início, certa reflexão de ordem sociológica e jurídica, para não correremos o risco de nos distanciar da própria função jurisdicional, que, seja do ângulo da contenciosidade, seja da pura administração, via do que se denominou jurisdição voluntária, tem o real sentido de aplicação do direito, principalmente no sistema do *civil law* que adotamos.

A orientação do Poder Judiciário, na ordem jurídica instituída, é a de que o juiz não cria a lei, senão que a interpreta e a aplica dentro de critérios técnicos preestabelecidos, ainda quando se lança mão de outros elementos interpretativos que não a literalidade do texto legal, como ocorre com a analogia e os princípios gerais de direito.

Firme no que dispõe a lei, principalmente como ocorre em nossa sistematização, sem atender ao rígido princípio constitucional, não se pode apurar de preconceituoso o julgamento que não atenda a manifestações sociais de minorias e até mesmo de correntes ideológicas majoritárias, quando ainda não se estabeleceram, no sistema legislativo, as posições não coincidentes com as respectivas fontes do direito. O que se consigna na lei, visualizada com seus critérios de interpretação, é o norteamento do julgador, que dele não pode escapar, ainda que se deixe levar até por razoável manifestação emocional. Essa é a magnífica lição de tempos idos, atuais e futuros, bem reproduzida pelo doutrinador espanhol, Juan Montero Aroca:

En esta actuación del derecho objetivo radica la grandeza de los tribunales. En los últimos tiempos se há pretendido lanzar a los jueces por un camino que a la postre se resuelve en su desvinculación de la ley; con ello ni estamos ni podemos estar de acuerdo quienes creemos que la ley, el derecho objetivo, es la plasmación normativa de la voluntad de la mayoría. El que crea que la ley, en país organizado democráticamente, es la expresión de la voluntad general, no puede consentir que los jueces pretendan suplantar esa voluntad sustituyéndola por la suya individual. El Estado nombre los jueces para que éstos apliquen la ley que el propio Estado crea por vías democráticas, no para que aprovechando del nombramiento, se conviertan en mineros de la soberanía popular (La función jurisdiccional temas procesales, outubro de 1987, v. 5, p. 71).

No caso dos autos, há duas situações que, no meu entender, merecem cuidadosa análise. A primeira diz

respeito ao próprio sentido interpretativo da lei; a segunda, à funcionalidade, aos limites e à finalidade da jurisdição voluntária.

As requerentes pretendem, via jurisdição voluntária, se reconheça entre elas existência de entidade familiar; que, também, se faça o mesmo de sua dissolução e se proceda, em seguimento, à homologação de partilha de bens que, formalmente, se encontram no patrimônio de uma só.

Pelo entendimento das requerentes, a possibilidade, principalmente das declarações de existência e dissolução da entidade familiar, estaria contida no próprio art. 226, §§ 3º e 4º, da CR. E, muito embora o *caput* do artigo fale em casamento (só admissível entre homem e mulher), o § 3º reconhecia a união estável como entidade familiar, e o § 4º também assim definia a comunidade formada por qualquer dos pais e descendentes. Como, porém, a evolução dos tempos e dos costumes seria uma realidade inafastável, estaria a ocorrer flagrante lacuna na Constituição da República, ao deixar de regular como tal a entidade formada entre pessoas do mesmo sexo.

Prefiro não falar em impossibilidade jurídica do pedido, já que esta seria condição de ação, em jurisdição contenciosa, focando a questão, exclusivamente, do ângulo da previsão constitucional e da indagação que se faz de sua ocorrência ou não.

Os mais rigorosos constitucionalistas entendem que, nos sistemas de constituição rígida, lacunas inexistem; outros, ao contrário, admitem sua ocorrência e, em conseqüência, seu preenchimento com critérios interpretativos subsidiários, como a analogia, os princípios gerais de direito e até os costumes.

Ponho-me na segunda posição, como bem o faz, acatando lição de Jorge de Miranda, o Professor e Desembargador que muito honra este Tribunal, Kildare Gonçalves de Carvalho, que, com maestria, completa a lição:

É preciso notar, contudo, que, quando se trata de omissões legislativas, somente se deve reconhecê-las quando não se puder extrair da norma constitucional o máximo de eficácia que a sua formação lingüística, a sua logicidade, a sua história e a sua teleologia permitirem, dando-se, deste modo, à Constituição maior operatividade, à consideração ainda de que o Direito subconstitucional é que apanha as sobras do que a Lei maior não quis, ou pôde reservar para si mesma com exclusividade (*Direito constitucional*. 13 ed. Belo Horizonte: Del Rey, p. 219).

O Professor Alexandre de Moraes demonstra a delicadeza do tema, quando adverte que a contrariedade ao claro texto da Constituição pode importar em transmutação indevida do julgador em legislador ou administrador:

Portanto, não terá cabimento a interpretação conforme a Constituição, quando contrariar texto expresso da lei, que

não permita qualquer interpretação em conformidade com a Constituição, pois o Poder Judiciário não poderá, substituindo-se ao Poder Legislativo (leis) ou Executivo (medidas provisórias), atuar como legislador positivo, de forma a criar um novo texto legal (*Direito constitucional*. 18. ed. São Paulo: Atlas, p. 12).

Na hipótese em julgamento, bem é de ver que a disposição da lei em prever a entidade familiar, além do casamento, estabelece, casuisticamente, as possibilidades de tal figura constitucional, e, de forma hermética, as limitou, sem oferecer qualquer elemento, léxico ou lógico, para entendimento de ter havido simples omissão. Omissão, sim, haveria se a lei fizesse apenas referência à entidade familiar, sem estabelecê-la com base na estrutura do casamento e das restritas figuras afins que acabou por definir.

Embora as requerentes digam que propõem ação de reconhecimento de entidade familiar, na verdade, não instauram qualquer procedimento jurisdicional, pois não denunciam lide alguma, e, sim, que pedem, em simples forma de jurisdição voluntária, a declaração judicial de existência e validade de relação jurídica, por elas próprias reconhecida. E, completando, pedem também homologação de partilha amigável de bens, com reconhecimento de ambas de propriedade comum.

Há, é bem de ver, no fundo, diversidade de pedidos, o que faz surgir indagação de importância quanto aos mesmos. Se não há como reconhecer, homologando-se judicialmente, a espécie de entidade familiar, poderia haver dúvida quanto à possibilidade da separação de bens, já que, aqui, a questão ficaria no âmbito exclusivamente patrimonial. No entanto, deslocando-se a questão para tal campo, ainda assim imprópria se revela a pretensão à jurisdição voluntária.

A atuação do juiz, na jurisdição voluntária, é simplesmente administrativa. Neste caso, já que não se trata de compor lide, através de processo de conhecimento, ou de dar realização efetiva à obrigação já reconhecida, através do processo de execução, o juiz só atua, em forma de jurisdição voluntária, quando assim o exigir a lei, ou mesmo permitir, sem violação de outras formas administrativas, seja para a consolidação do negócio jurídico, seja para a integração judicial no negócio ou situação jurídica, a fim de lhes dar maior segurança, conforme princípio reconhecido pelo interesse público. É como, em breves pinceladas, ensinava Lopes da Costa: "Certas matérias, por sua relevância e por exigirem maior preparo jurídico a este (juiz) são confiadas" (*A administração pública e a ordem jurídica privada*. Ed. Bernardo Álvares, 1961, p. 72).

Ora, não há nenhuma exigência legal de o juiz participar, em jurisdição voluntária, velando pela validade formal do ato, nesta forma de partilhamento amigável de bens. Se uma das requerentes os tem, todos, em seu nome, nada há que a impeça, nem que

exija outras formalidades, de fazer a devida transferência das respectivas partes ideais, ou de bens individuais, como pretendem, e se tal alienação de bens, por vontade mútua, tem forma própria de se realizar, como a escritura pública ou particular, e mesmo a tradição de bens móveis, a homologação judicial jamais teria força de substituí-las, considerando-se verdadeira exorbitância judicial, invadindo seara alheia, a homologação de qualquer partilha neste sentido.

Com tais considerações, nego provimento ao recurso, condenando as requerentes em custas processuais, mas isentas por estarem sob o pálio da AJ.

É o meu voto.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES MAURÍCIO BARROS e ANTÔNIO SÉRVULO.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

...

Mandado de segurança - Recebimento de denúncia e instauração de comissão processante contra Prefeito na Câmara Municipal - Alegação de várias nulidades - Voto vencido

Ementa: Mandado de segurança. Recebimento de denúncia e instauração de comissão processante contra Prefeito na Câmara Municipal. Alegação de várias nulidades.

- A denúncia para a instauração de procedimento político-administrativo contra Prefeito Municipal constitui ato da maior relevância para a vida política do Município, exigindo prudência e responsabilidade, não sendo possível admitir a alegação genérica de enquadramento do Prefeito em um dos incisos do art. 4º do Decreto-Lei 201/1967, sem sequer a indicação dos indícios e dos meios de prova, com o grave efeito de gerar a instabilidade política e prejudicar a própria governabilidade do Município.

V.v. - Não existe ofensa a direito líquido e certo do denunciado em processo político-administrativo quando o recebimento da denúncia e a atuação da Comissão Processante se orientam segundo a legislação especial atinente à espécie e pelo respeito aos direitos e garantias do devido processo legal, contraditório, ampla defesa, impessoalidade, motivação, proporcionalidade e razoabilidade, insculpidos pelos incisos XXXVII, LIV e LV do art. 5º da Constituição Federal. Denegaram a ordem (Des. José Domingues Ferreira Esteves e Des.ª Maria Elza).

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 1.0000.07.457317-1/000 - Comarca de São Gonçalo do Sapucaí - Impetrante:

Prefeito Municipal de São Gonçalo do Sapucaí - Autoridades coatoras: Presidente da Câmara Municipal de São Gonçalo do Sapucaí e Presidente da Comissão Processante da Câmara Municipal de São Gonçalo do Sapucaí - Relator: DES. JOSÉ DOMINGUES FERREIRA ESTEVES - Relator para o Acórdão: DES. ERNANE FIDÉLIS

Acórdão

Vistos etc., acorda a 6ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de f., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, EM CONCEDER A SEGURANÇA, VENCIDOS O RELATOR E A QUARTA VOGAL.

Belo Horizonte, 15 de abril de 2008. - *Ernane Fidélis* - Relator para o acórdão.

Notas taquigráficas

Proferiram sustentação oral, pelo impetrante, o Dr. José Rubens Costa e, pelo impetrado, o Dr. Juracy Magalhães.

DES. JOSÉ DOMINGUES FERREIRA ESTEVES - Ouvi, com atenção, as manifestações da tribuna.

Cuida-se de mandado de segurança, com pedido de liminar, impetrado pelo Prefeito Municipal de São Gonçalo do Sapucaí, Akira Yamaguchi, contra atos considerados ilegais, do Sr. Presidente da Câmara Municipal de São Gonçalo do Sapucaí, Benedito Cunha, e da Presidente da Comissão Processante da Câmara Municipal de São Gonçalo do Sapucaí, Maria Moreira, consubstanciados no recebimento de denúncia de infrações político-administrativas, instaurando procedimento que tramita eivado de nulidades que seriam:

Inépcia da denúncia, por não narrar os fatos com todas as circunstâncias, além de não indicar nem apontar provas; comissão processante que exerce função investigatória, inclusive ouvindo testemunhas arroladas somente pela própria Comissão; impedimento do Presidente da Câmara de atuar no processo administrativo pelo fato de a denúncia ter sido formulada por agente comissionado da própria Câmara dos Vereadores, ocupante do mais alto cargo de confiança do referido Presidente; a comissão processante decidiu várias questões e notificou sobre tais deliberações somente ao prefeito, e não ao procurador constituído por ele, bem como considerou inexistente na via administrativa o recurso de embargos de declaração e indeferiu prova pericial não realizada em prazo determinado do qual não foi notificado o advogado do impetrante. A aludida Comissão também teria indeferido a oitiva de testemunhas arroladas pelo impetrante e designado oitiva de testemunhas no mesmo dia em São Gonçalo do Sapucaí e em Brasília/DF, impossibilitando o comparecimento da defesa a uma delas; a Comissão Processante não ouviu o denunciado/impetrante.

O impetrante pede que, após a concessão de liminar, no mérito, seja declarada a nulidade de todo o processo político-administrativo conduzido pelas autoridades coatoras.

Foi indeferido o pedido liminar e apresentadas informações pelas autoridades coatoras às f. 542/563 e 567/588, defendendo a legalidade do processo administrativo de cassação do impetrante.

A d. Procuradoria-Geral de Justiça opinou pela denegação da ordem, mediante parecer de f. 1.186/1.189, da lavra do il. Procurador de Justiça, Roberto Cerqueira Carvalhaes.

De início, aprecio a preliminar de inépcia da denúncia.

A esse respeito tenho que o fato de a referida denúncia não passar de uma lauda redigida não tem o condão de torná-la inepta, tampouco o fato de o cidadão que a levou até a Câmara Municipal ser servidor da mesma Casa Legislativa, pois também é um eleitor do Município de São Gonçalo do Sapucaí.

Com efeito, a denúncia mencionou claramente o fato do qual surgiu a acusação de omissão ou negligência, qual seja exorbitante consumo de combustível dos veículos da Educação, bem como o art. 4º, VIII, do Decreto-lei nº 201/67, no qual tem fulcro seu recebimento, além de vir amparada em consistentes documentos de prova, que são as notas fiscais.

Rejeito, pois, tal preliminar.

O fato de o cidadão denunciante ser ocupante de cargo comissionado subordinado ao Presidente da Câmara Municipal não implica, por si só, impedimento ou suspeição do último.

Ademais, ainda que implicasse, como o Presidente da Câmara Municipal não integra a Comissão Processante, não há que se falar em ofensa a direito líquido e certo do impetrante.

Segundo nos ensina o il. doutrinador Hely Lopes Meirelles, em sua obra *Direito municipal brasileiro*, o processo de cassação de mandato deve ser regulado pela legislação local, mas, na falta desta, deve-se seguir o rito disposto no Decreto-Lei nº 201/67.

O Decreto-Lei nº 201/67, art. 5º, inciso II, prescreve que o recebimento da denúncia dar-se-á pelo voto da maioria dos presentes, confira-se:

Art. 5º. O processo de cassação do mandato do Prefeito pela Câmara, por infrações definidas no artigo anterior, obedecerá ao seguinte rito, se outro não for estabelecido pela legislação do Estado respectivo:
(...)

II - de posse da denúncia, o Presidente da Câmara, na primeira sessão, determinará sua leitura e consultará a Câmara sobre o seu recebimento. Decidido o recebimento, pelo voto da maioria dos presentes, na mesma sessão será constituída a Comissão processante, com três vereadores sorteados entre os desimpedidos, os quais elegerão, desde logo, o Presidente e o Relator.

No caso dos autos, no dia da votação pelo recebimento da denúncia a Câmara era composta por nove

membros presentes, tendo sido oito votos favoráveis ao recebimento, tendo, dessa forma, o acolhimento por mais de 2/3 dos membros.

Conquanto se considere impedido um vereador que votou pelo acolhimento da denúncia, ainda assim, o *quorum* de recebimento da denúncia pela maioria dos membros presentes na Câmara, exigido pela legislação de regência, seria devidamente respeitado.

Nesse sentido, vale colacionar o seguinte julgado:

Vereador. Cassação. *Quorum* especial. Ausência. Representação. Procedimento. Ilegalidade. Mandado de segurança. - O recebimento da representação, com vistas à cassação do vereador; faz-se por maioria dos presentes; procedimento de modo contrário constitui motivo para invalidar o processo (*Jurisprudência Mineira*, v. 131, p. 356).

Aliás, é bom salientar que, pela mencionada lei, o *quorum* para recebimento da denúncia é diferente daquele atinente à cassação do mandato, pois naquele exige-se, tão-somente, como acima mencionado, maioria dos membros, enquanto neste exige-se o qualificado de 2/3.

Nesse sentido, impende transcrever os ensinamentos do festejado Hely Lopes Meirelles, trazidos em sua obra *Direito municipal brasileiro*, quando se manifesta sobre as fases do processo político-administrativo:

1º Denúncia e seu recebimento - [...]

Lida a denúncia na primeira sessão ordinária, o plenário decidirá, pela maioria dos presentes, sobre seu recebimento, e, se favorável, será constituída, por sorteio na proporção da representação partidária, a comissão processante, com três vereadores titulares e sem impedimentos para o caso, que elegerão o presidente e o relator.
[...]

4º Sessão de julgamento - a sessão de julgamento só poderá instalar-se com, pelo menos, dois terços dos membros da Câmara, que é o quórum mínimo para deliberação sobre o processo, contando-se inclusive com a presença do presidente, que poderá votar para perfazer o quórum. Instalada a sessão, praticar-se-ão os seguintes atos:
[...]

d) votação nominal dos vereadores desimpedidos sobre cada uma das infrações articuladas na denúncia.

E nem se diga que o art. 86 da CF/88 veio derogar o *quorum* previsto no art. 5º do Decreto-Lei nº 201/67, pois, segundo jurisprudência deste eg. Tribunal, as regras nele previstas somente se aplicam ao Presidente da República, e não ao Prefeito. Confira-se:

Prefeito Municipal. Preliminar. Ilegitimidade do Promotor de Justiça. Violação ao princípio do promotor natural. Delegação de função. Art. 29, IX, Lei Federal nº 8.625/93. Descabimento. Licença da Câmara dos Vereadores para processar Prefeito. Art. 1º do Decreto-Lei nº 201/67. Desnecessidade. Exame de provas. Indícios de autoria e materialidade. Denúncia recebida.

- O Procurador-Geral de Justiça pode delegar ao membro do Ministério Público suas funções de Órgão de Execução, nos termos do art. 29, IX, da Lei nº 8.625/93, sendo o Promotor de Justiça legítimo para a iniciativa da ação.

- O art. 86 da Constituição Federal refere-se apenas aos crimes praticados pelo Presidente da República, não podendo ser estendido aos Prefeitos Municipais, sendo que o art. 1º do Decreto Lei nº 201/67 dispensa pedido de licença à Câmara Legislativa para processar Prefeito.

- Encontram-se nos autos os indícios de autoria e materialidade do crime descrito na denúncia, impondo-se, assim, o seu recebimento (TJMG, PCO 000.233.007-4/00, 3º Câm. Crim., Rel. Des. Gomes Lima, j. em 26.11.2002).

No tocante à insurgência contra a postura da Comissão Processante de ouvir testemunhas que não foram arroladas pelo denunciante ou pelo denunciado, ora impetrante, também não merece acolhida, pois, se nos feitos que tramitam judicialmente é dado ao Juiz um certo grau de atribuição inquisitiva, podendo solicitar a produção de provas que lhe forneçam subsídios para convencimento, não há impedimento para tal atribuição no âmbito administrativo, notadamente considerando a pertinência das testemunhas arroladas, visto que são os motoristas que dirigem os veículos supostamente envolvidos em fraude quanto ao valor demandado para abastecê-los.

Outra alegação que merece ser rechaçada é de que o processo administrativo estaria viciado pelo fato de as notificações terem sido na pessoa do denunciado, ora impetrante, e não do seu procurador. O art. 5º, inciso IV, do Decreto-Lei nº 201/67 é claro ao prescrever que o denunciado "deverá ser intimado de todos os atos do processo, pessoalmente, ou na pessoa de seu procurador, com a antecedência, pelo menos, de vinte e quatro horas, (...)", de forma que não existe nenhuma nulidade, tampouco prejuízo para defesa, pois as notificações recebidas pelo denunciado podem ser exibidas ou participadas ao seu advogado, caso julgue conveniente.

No que toca ao não-conhecimento de embargos de declaração, cumpre esclarecer que tal via recursal não encontra previsão no âmbito administrativo, e os requerimentos do impetrante foram apreciados pela Comissão Processante.

Quanto à oitiva do impetrante e de algumas das testemunhas que arrolou, bem como a produção de prova pericial, foram obstadas por diversas circunstâncias, deixando transparecer pretensão procrastinatória com a qual a Comissão Processante não poderia ser conivente, notadamente considerando o prazo limite de 90 dias para concluir tal procedimento.

Pelo que se infere da cópia do processo administrativo, o impetrante teve o prazo de 57 dias para apresentar rol de testemunhas contendo endereços corretos, e foi realizada a oitiva de cinco testemunhas arroladas por ele, ou seja, teve a oportunidade de produção de prova testemunhal que não pode se estender indefinidamente, principalmente considerando que foram produzidos outros meios de prova.

O impetrante não compareceu em mais de uma oportunidade e datas marcadas para que fosse realizada a sua oitiva, quais sejam dia 15 de maio de 2007, quando a Comissão Processante procurou por ele até mesmo em seu gabinete e não o encontrou, bem como

no dia 31 de maio, quando o próprio impetrante sugeriu tal data, às 15 horas, e não compareceu, providenciando a apresentação de atestado médico, e, finalmente, dia 4 de junho do mesmo ano, quando sequer foi apresentado documento que justificasse a ausência.

A Comissão Processante deferiu a produção de prova pericial, nomeou peritos, arbitrou honorários e notificou o impetrante para apresentar quesitos e assistente técnico, até o dia 27 de abril de 2007, mas o último quedou-se inerte no prazo estipulado.

Cumpre ressaltar que o impetrante também não se insurgiu contra a oitiva de testemunhas em São Gonçalo do Sapucaí e em Brasília no mesmo dia, quando foi intimado de tais atos administrativos, assim como não demonstrou qual teria sido seu prejuízo por não ter presenciado a oitiva da testemunha em Brasília.

Pelo exposto, não restou demonstrada ofensa a direito líquido e certo do impetrante, tendo o recebimento da denúncia e a atuação da Comissão Processante se orientado pelo respeito à legislação especial atinente à espécie e aos direitos e garantias do devido processo legal, contraditório, ampla defesa, impessoalidade, motivação, proporcionalidade e razoabilidade, insculpidos pelos incisos XXXVII, LIV e LV, do art. 5º da Constituição Federal.

Com essas considerações, denego a segurança. Custas, na forma da lei.

DES. ERNANE FIDÉLIS - Sr. Presidente.

Inicialmente, em preliminar, devo lembrar ao ilustre Advogado, Dr. José Rubens Costa, que, infelizmente, não ouviu o julgamento anterior, mas exatamente o que ele falou, eu acabara de falar. Se tivesse ouvido o meu voto anterior, diria que se tratava de um plágio.

Discordo de V. Ex.^a, Relator, quando diz que não estamos observando a regularidade formal no processo, porque o ato administrativo não tem apenas, em alguns casos, a conotação da formalidade, mas também da vinculação. Se há uma determinada vinculação para o ato administrativo, evidentemente, o Poder Judiciário, dentro do critério da vinculação, pode examinar, sim, se a questão da legalidade formal está sendo observada, porque, se não obedecer à vinculação, a questão está realmente maculada formalmente.

O ilustre Advogado falou da tribuna que o denunciante não falou em nada de gasolina, nada de combustível. Está escrito. Rafael Ambrósio, eleitor, como qualquer outro que tem o direito de representar e fazer o que quiser, denunciou o Prefeito no inciso VIII, art. 4º, mas trouxe a seguinte fundamentação, cometida em face do abastecimento de combustível para os veículos de educação, em quantidade exorbitante para o uso de suas funções de transporte, durante os meses de janeiro a setembro de 2006: omitir-se. Cita o art. 4º do Decreto-Lei 201, inciso VIII, como se para o juiz não tivesse aquela informação, *da mihi factum, dabo tibi jus*.

Estou lembrando a V. Ex.^a, que se preocupa com a regularidade formal, que essa denúncia não tem nenhuma regularidade formal e, na realidade, se vamos admi-

tir que em qualquer denúncia, inclusive a criminal, a petição inicial tem que ter os requisitos, os fundamentos próprios para instaurar determinada ação, sob pena de demonstração de falta de possibilidade jurídica, ou interesse processual, ou inépcia da inicial, essa denúncia também tem que ser fundamentada, não basta dizer que o Prefeito gastou demais. Ouvi, da tribuna, inclusive, uma expressão que não deveria ser falada, neste Tribunal, "em nome do povo". Aqui, o povo não está demandando. Existe um mandado de segurança do Prefeito contra um ato da Câmara Municipal. O Tribunal não é lugar para esse receptáculo de problemas políticos. Neste caso, é preciso que haja uma seriedade muito grande nessa instauração de sindicância contra o Prefeito. Sabemos que o Decreto-Lei 201 ainda é fruto do regime ditatorial e que objetivava fazer muitas cassações. Depois da Constituição de 88, isso mudou; os princípios do contraditório e da ampla defesa foi tido na sua extensão máxima. Não é qualquer denúncia de qualquer cidadão que pode levar à instauração de uma sindicância de uma parte política contra a outra. É preciso que haja seriedade, uma demonstração efetiva de todos os requisitos necessários para se abrir a sindicância, para o processamento, inclusive, denúncia apta; uma denúncia que permita ao acusado responder, dar suas razões da acusação que lhe é feita. Teria que apresentar uma denúncia contra o Prefeito para ser recebida pela Câmara, realmente, retratando, circunstancialmente, fatos de infração administrativa. Aí, sim, poderia instaurar um procedimento, assim mesmo duvidoso, porque, hoje, temos um procedimento especial de prestação de contas do Prefeito na ordem administrativa, que, primeiro, tem que passar pelo Tribunal de Contas, depois vai para a Câmara dizer se aprova ou não aquelas contas. Essa aprovação de contas está também em dependência direta com essa denúncia por infração administrativa.

Por isso, Sr. Presidente, não é a primeira vez que voto nesse sentido, não é a primeira vez que ocorre isso nesta Câmara. Já fomos, inclusive, alertados de que está existindo uma verdadeira indústria de cassação de Prefeitos do interior, de denúncias vazias e ocas quanto à especificação e à fundamentação, para poder um grupo político passar ao domínio da situação política do Município. E isso o Judiciário, no meu modo de pensar, não pode, absolutamente, acobertar, porque, formalmente, esse procedimento, essa investigação, tem que seguir, rigorosamente, a legalidade, porque a denúncia é inepta, e sendo inepta, tem que ser rejeitada, sob pena de ferir a formalidade e a legalidade.

Com esses fundamentos, peço vênias a V. Ex.^o e concedo a segurança.

DES. MAURÍCIO BARROS - Sr. Presidente, peço vista dos autos.

Súmula - PEDIU VISTA O SEGUNDO VOGAL, APÓS VOTAREM O RELATOR, DENEGANDO A ORDEM, E O PRIMEIRO VOGAL, CONCEDENDO-A.

Notas taquigráficas

Assistiram ao julgamento, pelo impetrante, os Drs. Rodrigo José Gouvêa de Paula e Sérgio Antônio Claret de Assis; e, pelo impetrado, o Dr. Juracy Magalhães.

DES. JOSÉ DOMINGUES FERREIRA ESTEVES - O julgamento deste feito foi adiado na Sessão do dia 1^o.04.2008, a pedido do 2^o Vogal, após votarem o Relator denegando a ordem e o 1^o Vogal concedendo-a.

Com a palavra o Des. Maurício Barros.

DES. MAURÍCIO BARROS - O processo político-administrativo, visando à cassação de mandato de Prefeito pela Câmara Municipal, tem nítido caráter punitivo, pelo que se lhe devem aplicar alguns princípios que norteiam o processo criminal. Um desses princípios é o da tipicidade, segundo o qual a conduta constante da denúncia deve se circunscrever, ou se subsumir, à conduta hipoteticamente prevista na norma legal. Não sendo "típico" o fato narrado na denúncia, deve o juiz deixar de recebê-la, e, se a receber, pode a ação penal vir a ser trancada pela via do *habeas corpus*.

Nesse contexto, pode o Judiciário, sem que isso implique atentado ao princípio da separação dos Poderes, decidir, quando chamado a pronunciar-se, se o fato atribuído ao Prefeito Municipal é "típico", ou seja, se a conduta a este atribuída encontra correspondência na lei.

Vê-se, dos incisos do art. 4^o do Decreto-Lei 201/1967 que as condutas que autorizam a instauração do procedimento têm um cunho político, ainda que afeto à Administração, estando a utilização de bens ou rendas públicas, em proveito próprio, capituladas como crimes a serem julgados pelo Poder Judiciário (art. 1^o).

Além disso, como procedimento formal, o procedimento político-administrativo deve obedecer a determinados requisitos, dentre eles os relativos à peça acusatória, que deve identificar condutas concretas adotadas pelo Prefeito e capitulá-las no correspondente tipo infracional, indicar os meios pelos quais será provado o alegado e conter pedido determinado.

O art. 5^o, inciso I, do Decreto-Lei 201/1967 expressamente exige que a denúncia escrita da infração exponha os fatos e indique as provas, o que não se observa na denúncia de f. 44, na qual a lacônica acusação de que o impetrante, na condição de Prefeito Municipal de São Gonçalo do Sapucaí, cometeu infração político-administrativa consistente no "abastecimento de combustível para os veículos da Educação, em quantidade exorbitante para o uso em suas funções de transporte, durante os meses de janeiro a setembro de 2006...".

No Estado Democrático de Direito, qualquer peça acusatória destinada a iniciar um procedimento formal deve conter a descrição da conduta fática de que é acusado o denunciado, a fim de propiciar-lhe o exercício do direito de defesa circunstanciada. Trata-se da garantia do contraditório e da ampla defesa, exigência para o devido processo legal, seja ele judicial ou administrativo.

Ora, a denúncia para a instauração de procedimento político-administrativo contra Prefeito Municipal constitui ato da maior relevância para a vida política do Município, exigindo prudência e responsabilidade, não sendo possível admitir a alegação genérica de enquadramento do Prefeito em um dos incisos do art. 4º do Decreto-Lei 201/1967, sem sequer a indicação dos indícios e dos meios de prova, com o grave efeito de gerar a instabilidade política e prejudicar a própria governabilidade do Município.

O procedimento em questão não deve ser usado como meio de perseguição ou luta política, como no presente caso, uma vez que o que se encontra em jogo é o interesse público local.

Com esses adinúculos, acompanho integralmente o judicioso voto do eminente 1º Vogal, para conceder a segurança, rogando vênha ao não menos eminente Relator.

DES. JARBAS LADEIRA - Sr. Presidente.

Ouvi, com atenção, os votos dos Desembargadores que me antecederam e, realmente, verifiquei que a denúncia se limita a dizer que houve um gasto excessivo, mas não menciona nenhum fato concreto nesse sentido.

Apesar de o prefeito ter sido acusado de improbidade administrativa, mesmo assim, considero impraticável esta peça utilizada para representar contra o Prefeito, no que peço máxima vênha ao ilustre Relator para acompanhar o douto Primeiro Vogal, no sentido de conceder a segurança.

DES.ª MARIA ELZA - Acompanho o entendimento do Desembargador Relator, José Domingues Ferreira Esteves, porquanto entendo que não restou demonstrado o alegado direito líquido e certo a ensejar a concessão da segurança.

Compete ao impetrante, para fins de mandado de segurança, demonstrar o seu direito líquido e certo, e a ilegalidade ou o abuso de poder praticado por autoridade ou por agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público. A demonstração da existência do direito líquido quanto à sua extensão e certo quanto à sua existência é pressuposto de constituição regular do *mandamus*, já que nesse tipo de procedimento não se admite a instrução probatória.

Esse entendimento é continuamente aplicado pelos Tribunais Superiores. É o que se vê, apenas a título de exemplo, no Recurso Especial 30.630/GO (DJU de 28.06.1993, p. 12.903), da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, Relator o Ministro Adhemar Maciel, e no Recurso Extraordinário 117.936/RS (DJU de 07.12.1990, p. 14.641), da Primeira Turma do Supremo Tribunal Fede-

ral, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence, assim ementados, respectivamente, no que interessa:

O 'direito líquido e certo', uma condição especial da ação de mandado de segurança, diz respeito unicamente aos fatos alegados, à prova pré-constituída. Nada tem com o direito subjetivo em si.

Mandado de segurança: direito líquido e certo. O 'direito líquido e certo', pressuposto constitucional de admissibilidade do mandado de segurança, é requisito de ordem processual, atinente à existência de prova inequívoca dos fatos em que se basear a pretensão do impetrante e não com a procedência desta, matéria de mérito.

Todavia não é essa a realidade trazida nos autos, uma vez que não cuidou o impetrante de demonstrar de maneira indubitosa a prática do abuso ou ilegalidade por parte da autoridade impetrada.

De início, tem-se que a alegação de que a petição da denúncia seria inepta não prospera. Embora a mesma tenha sido elaborada de modo sintético, apreendem-se facilmente os seus dados essenciais, tal como o fato ao qual se atribui a ilicitude.

Conforme o voto relator, rejeita-se a preliminar.

No mesmo sentido, tem-se que a segurança deve ser rejeitada no mérito.

Primeiro, pelo que dos autos consta, a admissão da denúncia ocorreu em observância ao disposto no art. 5º, inciso II, do Decreto-Lei n. 201/1967, já que oito dos nove vereadores presentes votaram pelo seu recebimento.

No que concerne à alegada violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa, verifica-se dos autos que o denunciado deixou de exercer os seus direitos na medida em que em 3 (três) ocasiões não compareceu nas datas marcadas para a sua oitiva.

Também se ficou omissa em relação à produção de provas periciais, visto que não se manifestou ou pugnou pela apresentação de quesitos ou nomeação de assistente técnico. Somado ao exposto, deixou de apresentar no prazo estipulado as suas testemunhas.

O que se verifica nos autos, em suma, é que o impetrante absteve-se de exercer o contraditório e ampla defesa de tal forma que não lhe amparam os argumentos deste *mandamus*, já que o próprio denunciado/impetrante é que ensejou a sua limitação no exercício da defesa.

Assim, concordando inteiramente com o voto do Desembargador Relator, denega-se a segurança.

Súmula - CONCEDERAM A SEGURANÇA, VENCIDOS O RELATOR E A QUARTA VOGAL.

...