

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL  
FACULDADE DE DIREITO  
DEPARTAMENTO DE DIREITO PRIVADO E PROCESSO CIVIL

Francis Madeira da Silva Sales

A TÉCNICA ANTECIPATÓRIA E A TUTELA DA PARTE INCONTROVERSA DA  
DEMANDA: EXEGESE DO ART. 273, §6.º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Porto Alegre

2013



Francis Madeira da Silva Sales

**A TÉCNICA ANTECIPATÓRIA E A TUTELA DA PARTE INCONTROVERSA DA  
DEMANDA: EXEGESE DO ART. 273, §6.º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL**

Trabalho de conclusão de curso apresentado  
como requisito parcial para a obtenção do grau  
de Bacharel em Direito pelo curso de  
graduação da Faculdade de Direito da  
Universidade Federal do Rio Grande do Sul

Orientador: Professor Doutor Klaus Cohen-  
Koplin

Porto Alegre

2013

Francis Madeira da Silva Sales

**A TÉCNICA ANTECIPATÓRIA E A TUTELA DA PARTE INCONTROVERSA DA  
DEMANDA: EXEGESE DO ART. 273, §6.º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL**

Trabalho de conclusão de curso apresentado  
como requisito parcial para a obtenção do grau  
de Bacharel em Direito pelo curso de  
graduação da Faculdade de Direito da  
Universidade Federal do Rio Grande do Sul

Aprovado pela Banca Examinadora em 09 de julho de 2013.

BANCA EXAMINADORA:

---

Prof. Dr. Klaus Cohen-Koplin  
(Orientador)

---

Prof. Dr. Daniel Francisco Mitidiero  
(Membro da Banca Examinadora)

---

Prof. Dr. Sérgio Luís Wetzel de Mattos  
(Membro da Banca Examinadora)

## AGRADECIMENTOS

*Aos colegas de trabalho, sem cujo apoio jamais conseguiria adaptar meus horários às exigências extraordinárias da UFRGS.*

*Ao querido amigo Jorge Ignácio Szewkies, por sua compreensão e generosidade sobre-humanas; e por seu tratamento quase paternal, em todos os sentidos.*

*Às amigas Angélica Beck e Michele Krug, que sempre me salvam das situações mais difíceis e têm o péssimo hábito de elevar minha autoestima a níveis estratosféricos.*

*À amiga Candice Campos por me ajudar a enxergar a luz sempre que meus olhos estão imersos na escuridão.*

*Aos meus colegas de faculdade João e Vanessa, sempre presentes.*

*Aos professores que me inculcaram a paixão pelo processo civil, em especial a Daniel Mitidiero, a Sérgio Mattos e a Klaus Cohen-Koplin, por suas lições inolvidáveis.*

*Aos meus irmãos, Ana Beatriz e Fagner, por tudo, tudo.*

*À minha mãe, Rita, porque não vejo nenhum outro exemplo tão louvável de caráter, força de vontade, amor pelo trabalho e pela família. És meus braços e minhas pernas, sempre.*

## RESUMO

O objetivo do presente trabalho é analisar e compreender a natureza do instituto previsto no artigo 273, §6.º, do Código de Processo Civil brasileiro. Em especial, pretende-se demonstrar que, embora inserido formalmente como uma das hipóteses de antecipação da tutela no processo civil brasileiro, a decisão que concede a tutela relativa à parte incontroversa da demanda consiste, em verdade, em resolução parcial do mérito. Para demonstrá-lo, busca-se, na primeira parte da presente monografia, construir os fundamentos teóricos para exegese do dispositivo em questão. Na segunda parte, visa-se verificar como tais fundamentos teóricos dão suporte à ideia de que a decisão que antecipa a tutela da parte incontroversa da demanda é fundada em cognição exauriente, com caráter definitivo e sujeita, pois, à formação da coisa julgada material. Ainda, analisa-se, no sistema recursal, a melhor solução para interpretar o dispositivo em harmonia com os princípios do Estado Constitucional e em conformidade com os direitos fundamentais.

Palavras-chave: antecipação da tutela. Parcela incontroversa da demanda. Direito fundamental à tutela adequada, efetiva e tempestiva. Cognição exauriente. Sentença parcial. Resolução parcial do mérito. Coisa julgada.

## RIASSUNTO

Lo scopo di questo saggio è analizzare e comprendere la natura dell'istituto previsto nell'articolo 273, §6.º, del Codice di Procedura Civile brasiliano. Specificamente, cercasi di dimostrare che, benché aggiunto formalmente come una delle ipotesi di anticipazione della tutela nel processo civile brasiliano, il provvedimento giurisdizionale che concede la tutela della parte non controversa della lite è, in realtà, una pronuncia definitiva sul merito. Per farlo, cercasi, nella prima parte di questo saggio, di costruire le basi teoriche per l'esegesi dell'articolo sopraddetto. Nella seconda parte, passasi a verificare come queste base teoriche sostengono l'idea di che la decisione che anticipa la tutela della parte incontrovertibile della lite è fondata su cognizione esauriente, con natura definitiva, e sottoposta, perciò, all'autorità della cosa giudicata sostanziale. Oltre a questo, cercasi di fare l'analisi, nel sistema brasiliano delle impugnazioni, sulla migliore soluzione per l'interpretazione dell'articolo 273, §6.º, in conformità ai principi dello Stato Costituzionale ed ai diritti fondamentali.

Parole chiave: anticipazione di tutela. Parte non controversa della lite. Diritto fondamentale alla tutela adeguata, effettiva e tempestiva. Cognizione esauriente. Sentenza parziale. Pronuncia parziale sul merito. Cosa giudicata sostanziale.

## SUMÁRIO

<b>1.</b>	<b>INTRODUÇÃO</b> -----	<b>10</b>
<b>2.</b>	<b>ANÁLISE TEÓRICA DA QUESTÃO RELATIVA À PARCELA INCONTROVERSA DA DEMANDA</b> -----	<b>13</b>
2.1	PRESSUPOSTOS TEÓRICOS -----	13
<b>2.1.1</b>	<b>Cognição judicial e processo civil clássico</b> -----	<b>13</b>
2.1.1.1	A cognição judicial -----	14
2.1.1.2	Dogmas e mitos do processo civil liberal -----	16
2.1.2	<b>Os direitos fundamentais à segurança jurídica e à efetividade da prestação jurisdicional</b> -----	<b>21</b>
2.1.2.1	O processo civil sob a óptica dos direitos fundamentais -----	22
2.1.2.2	O “conflito” entre segurança jurídica e efetividade da jurisdição -----	25
2.2	ESTUDO ANALÍTICO DO ARTIGO 273, §6.º, DO CPC -----	31
<b>2.2.1</b>	<b>O conceito de tutela antecipada</b> -----	<b>31</b>
2.2.1.1	Tutela jurisdicional, tutela do direito e técnica processual -----	32
2.2.1.2	Tutela definitiva e tutela provisória: relações com a técnica antecipatória -	34
<b>2.2.2</b>	<b>O conceito de pedido e de pedido incontroverso</b> -----	<b>39</b>
2.2.2.1	Pedido e cumulação de pedidos -----	39
2.2.2.2	Conceito de parcela incontroversa da demanda -----	42
<b>3.</b>	<b>EFEITOS JURÍDICOS DECORRENTES DA ANÁLISE TEÓRICA APRESENTADA</b> -----	<b>47</b>
3.1	HIPÓTESES DE APLICAÇÃO DO PARÁGRAFO 6º DO ARTIGO 273 DO CPC -----	47
<b>3.1.1</b>	<b>Fato incontroverso, pedido incontroverso e suas relações</b> -----	<b>47</b>
3.1.1.1	A técnica da não contestação -----	48
3.1.1.2	A técnica do reconhecimento jurídico parcial -----	51
<b>3.1.2</b>	<b>O julgamento antecipado parcial da lide e outras hipóteses</b> -----	<b>54</b>
3.1.2.1	A técnica do julgamento antecipado pela ausência de necessidade de dilação probatória -----	56
3.1.2.2	Outras hipóteses -----	58
3.2	A NATUREZA DA DECISÃO QUE ANTECIPA A TUTELA NAS HIPÓTESES DO ARTIGO 273, §6º, DO CPC -----	62



<b>3.2.1</b>	<b>Cisão do julgamento e definitividade da decisão -----</b>	<b>62</b>
3.2.1.1	Sentença parcial de mérito e decisão interlocutória -----	62
3.2.1.2	A formação da coisa julgada material -----	68
<b>3.2.2</b>	<b>Da obrigatoriedade da decisão e do recurso aplicável -----</b>	<b>74</b>
3.2.2.1	Do poder-dever do juiz em antecipar a tutela com base no artigo 273, §6.º, do CPC -----	74
3.2.2.2	Do recurso contra a decisão -----	76
<b>4.</b>	<b>CONCLUSÕES -----</b>	<b>81</b>
	<b>REFERÊNCIAS -----</b>	<b>84</b>

## 1. INTRODUÇÃO

O processo civil tem se mostrado, em tempo recente, cada vez mais preocupado em atender aos interesses imediatos dos jurisdicionados. Já resta superada a visão de que o processo constitui um fim em si mesmo, ou de que a Ciência Processual lida com um instrumento dissociado do direito substancial. Neste sentido, o Código de Processo Civil brasileiro (CPC) de 1973, ainda elaborado sem a perspectiva dos direitos fundamentais, foi-se mostrando insuficiente para atender aos anseios de uma sociedade que passou a entender o patrimônio como apenas um dos direitos tuteláveis, mas não o único, quiçá nem o principal.

As reformas processuais ocorridas nas últimas três décadas foram tentativas buscadas pelo legislador para superar a crise de um modelo processual que se mostrava insuficiente e, por vezes, ineficiente. A lei n.º 8.952/1994 surge nesse contexto e, entre outras modificações, pôs fim à tradicional divisão, no interior do processo, entre cognição e execução. Também, superou, de forma definitiva, o dissenso doutrinário e jurisprudencial em torno da possibilidade de se fazer uso do poder geral de cautela do juiz a fim de conceder tutelas satisfativas antes do momento decisório final do processo. Em outras palavras, apartou a antecipação da tutela do bojo dos provimentos cautelares, com a nova redação do artigo 273 do referido diploma processual.

A grande reforma de 1994, conquanto corajosa, ainda era insuficiente. Em 2002, com a lei n.º 10.444, novas modificações foram introduzidas no processo civil brasileiro, de modo a otimizar sua operacionalidade. Foi nesta denominada “reforma da reforma”<sup>1</sup> que o legislador pátrio introduziu, entre as possibilidades de aplicação da técnica antecipatória, aquela em que o juiz antecipa o provimento quando cessa a controvérsia entre as partes sobre parcela da lide. De fato, obrigar o titular de um direito a esperar para ver realizado um direito sobre o qual não mais paira controvérsia parece estar em desacordo com a construção de um modelo de processo justo, sobretudo num Estado Constitucional, construído sobre as bases estabelecidas pelos direitos fundamentais.

Desde 2002, a antecipação da tutela do direito nos casos de incontrovérsia parcial passou a ocupar boa parte da doutrina, porquanto, a depender do modelo teórico que se construa para explicar tal instituto, diferentes são os efeitos práticos gerados no curso do processo. Eis, pois, a razão de tanto interesse em torno do tema.

---

<sup>1</sup> A expressão foi emprestada de obra notável sobre o tema: DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma da reforma*. 3.ªed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2002.

Surgem, assim, duas posições principais em torno do assunto. Para a primeira corrente, a tutela da parte incontroversa é apenas mais uma das possibilidades de aplicação da técnica antecipatória, tendo em vista que o legislador já previra, desde 1994, o uso de tal instrumento nas hipóteses de urgência (art. 273, I, CPC) e de abuso do direito de defesa (art. 273, II, CPC). Para um segundo setor da doutrina, embora inserida formalmente no instituto da antecipação da tutela, a aplicação de técnica antecipatória para a tutela da parte incontroversa constitui verdadeira resolução parcial do mérito – *parcial, mas definitiva* – razão pela qual se vê, no caso, a formação de coisa julgada sobre semelhante decisão parcial.

Neste trabalho, entendemos que inexistente a possibilidade de se abordar o problema fora da perspectiva dos direitos fundamentais. É sobre eles que o Estado Democrático de Direito se erige. São eles que servem de suporte à construção e ao entendimento de um sistema de processo justo, que dê às partes a possibilidade de solucionarem, de forma efetiva e segura, os conflitos inerentes à vida em sociedade. Por isso, preferimos, antes de responder às questões essenciais que o tema escolhido suscita, compreender as bases teóricas sobre as quais nosso processo civil se estrutura.

O trabalho será dividido, desta forma, em duas partes. Na primeira, será adotada uma perspectiva analítica do instituto da tutela antecipada da parte incontroversa da demanda. É quando se apresentarão os pressupostos teóricos para a análise, como o conceito de *cognição* e as espécies de cognição que poderiam ser associadas ao instituto; ou ainda os direitos fundamentais processuais mais relacionados ao tema. É quando, também, se precisarão certos conceitos: o que se entende por *tutela* e por *técnica processual*; ou o que se entende por *incontrovérsia*, por exemplo.

Na segunda parte, a partir do referencial teórico construído, buscar-se-á compreender os efeitos de tal entendimento sobre a realidade prática do processo. Serão analisadas, por exemplo, as hipóteses práticas em que o instituto em apreço é aplicável. E é então que a principal polêmica em torno do assunto será apresentada, ou seja, é quando se investigará a natureza da decisão que antecipa a tutela em casos de incontrovérsia parcial, e se discutirá sobre qual o recurso cabível.

Para tal, adotamos como norte a doutrina processual de Luiz Guilherme Marinoni, autor que, em nosso entendimento, melhor desenvolveu teoricamente o instituto da antecipação da tutela na atualidade. A doutrina de Ovídio Baptista também guiou este trabalho, dado que tal autor, antes mesmo de o instituto existir, já trazia à nossa processualística um aparato teórico muito à frente de seu tempo. Como o tema escolhido se associa a uma reforma recente, as publicações em torno do assunto são crescentes. E não só:

são cada vez mais inspiradoras e inspiradas as novas teses e teorias acerca do tema. Por isso, não se descuidou da doutrina atualíssima de Daniel Mitidiero.

Não há como esquecer, ainda, os ensinamentos de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, quiçá o maior defensor em nossa processualística de um processo civil assentado na perspectiva dos direitos fundamentais. No mesmo sentido, a contribuição de Sérgio Mattos para a compreensão do devido processo legal substancial em nosso ordenamento jurídico.

Não entraremos, dada a especificidade do tema escolhido, nas discussões em torno das diferenças entre tutela cautelar e tutela antecipada, embora entendamos que o tema seja de substancial importância no contexto das reformas processuais recentes. Mas não há como abordar o assunto sem tocar em alguns pressupostos relativos a tais diferenças, razão pela qual se indicarão, nos momentos oportunos, as obras essenciais sobre o assunto.

Por fim, não se deseja, com o presente trabalho, esgotar pretensiosamente a discussão acerca do tema. Entendemos que ela tende a crescer, quanto mais o processo civil passar a ser visto como Processo Civil Constitucional. Desta forma, mesmo a análise do projeto do novo Código de Processo Civil hoje em discussão no Congresso Nacional não nos permite esgotar a construção teórica em torno do instituto. Por isso, temos em mente que, caso a sistematização do assunto proposta e as perguntas aqui levantadas sejam simplesmente consideradas, o presente trabalho terá cumprido o objetivo esperado.

## 2. ANÁLISE TEÓRICA DA QUESTÃO RELATIVA À PARCELA INCONTROVERSA DA DEMANDA

### 2.1 PRESSUPOSTOS TEÓRICOS

#### 2.1.1 Cognição judicial e processo civil clássico

O processo civil clássico construiu-se em torno do binômio *conhecimento–execução*. Dito de outra forma, a concepção liberal do processo civil assentava-se na ideia de que o juiz, para promover alguma alteração no mundo dos fatos (executar), deveria entrar em contato com os fatos e verificar sua eventual pertinência à norma jurídica (conhecer). O juiz não poderia executar sem antes verificar os fatos e concluir que aquela alteração no plano fático era realmente necessária, devida. Daí a consolidação do devido processo legal como direito fundamental nas Constituições liberais.<sup>2</sup>

Desenvolvendo o ponto, Teori Zavascki nos lembra que, tradicionalmente, divide-se a função jurisdicional em três aspectos distintos. Num primeiro, cabe ao juiz a tarefa de, conhecendo a lide e seus elementos componentes, decidir sobre a existência ou não de determinado direito (*função de conhecimento*). Num segundo, compete ao juiz a tarefa de fazer valer, no mundo fático, por meio de mecanismos capazes de atuar no mundo concreto, aquela decisão tomada na atividade de conhecimento (*função de execução*). Há ainda um *tertium genus*, a atividade *cautelar*, cujo objetivo é o de garantir a eficiência do provimento jurisdicional ao final do processo, isto é, o de proteger o resultado útil do processo.<sup>3</sup> Quando o juiz coleta os dados, as provas, e forma sua convicção sobre eles, decidindo, está exercendo a atividade de conhecimento; quando o juiz precisa fazer valer a decisão tomada, determinando, por exemplo, que o réu cumpra o pagamento em dado prazo, sob pena de multa, ele está executando; quando, por fim, em razão do perigo de dano iminente a certo direito, o juiz o acautela, está-se falando em atividade cautelar (por exemplo, quando diante de indícios de dilapidação do patrimônio por parte do réu, antes do fim do processo, o juiz determina o arresto ou o sequestro dos bens).<sup>4</sup>

<sup>2</sup> O artigo 5.º, inciso LIV, da Constituição da República Federativa do Brasil dispõe que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.).

<sup>3</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*. 7ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.7-9.

<sup>4</sup> Apesar de citarmos neste trabalho a visão de Teori Zavascki sobre a atividade *cautelar*, entendemos que não se trata, a rigor, de uma atividade que se oponha às atividades de conhecimento e de execução. Ao acautelar o direito, o juiz poderá exercer tanto atividade cognitiva quanto atividade executiva, de modo que tais conceitos

Profundamente marcado pelo princípio da segurança jurídica, o processo civil, em sua concepção liberal, exigia do juiz um conhecimento profundo dos fatos, para que pudesse interferir nos direitos de alguém. Daí a incorporação, na maior parte dos ordenamentos jurídicos, do princípio do devido processo legal, que, como se viu em relação ao direito brasileiro, dispõe que, para que se prive alguém de sua liberdade ou de seus bens, é mister se observe um processo devido, o que exigirá um conhecimento profundo dos fatos. No entanto, como bem se sabe, nem sempre o juiz decide com base nesse tipo de *cognição* mais aprofundada da matéria fática. Ora, tal *cognição* aprofundada requer tempo, e a espera nem sempre é uma possibilidade para aqueles que, diante da urgência, precisam ver um direito realizado desde logo. Para que se entenda melhor o ponto, passaremos a analisá-lo de forma mais detalhada.

#### 2.1.1.1 A cognição judicial

Já é demasiado conhecida a doutrina de Kazuo Watanabe sobre a cognição no processo civil. Para ele, a cognição judicial consiste na análise que o juiz fará das questões de fato e de direito integrantes da lide. Trata-se de uma atividade intelectual exercida pelo juiz, a partir da qual ele poderá decidir.<sup>5</sup>

Se a cognição é a análise das *questões* de fato e de direito integrantes da lide, imprescindível torna-se avaliar exatamente o que se entende por questão processual. Para fazê-lo, recorreremos à tradicional diferenciação entre *questão* e *ponto*, formulada por Franceso Carnelutti e lembrada por Cândido Dinamarco. Segundo o processualista brasileiro, o ponto é o fundamento, e cada afirmação presente na petição inicial é um ponto. Quando a parte contrária controverte um desses pontos, ele se transforma numa *questão*. “Daí a clássica definição de questão como ponto controvertido de fato ou de direito.”<sup>6</sup> Também neste sentido o ensinamento de Leonardo José Carneiro da Cunha.<sup>7</sup>

---

não se opõem. Para mais detalhes: MITIDIERO, Daniel. *Antecipação da tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p.33-36.

<sup>5</sup> “A cognição é prevalentemente um ato de inteligência, consistente em considerar, analisar e valorar as alegações e as provas produzidas pelas partes, vale dizer, as questões de fato e as de direito que são deduzidas no processo e cujo resultado é o alicerce, o fundamento do *judicium*, do julgamento do objeto litigioso do processo.” (WATANABE, Kazuo. *Cognição no processo civil*, 4.ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p.67).

<sup>6</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma da reforma*. 3.ªed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2002, p.95.

<sup>7</sup> Ensina o autor: “A parte autora, em sua petição inicial, suscita *pontos*. A parte ré, ao contestar o pedido do autor, pode silenciar quanto a algum ponto, o qual passará a ser *incontroverso*. Caso o réu, contudo, rebata algum *ponto*, este passa a ostentar a feição de *questão*, ou seja, passa a ser um *ponto controvertido*, devendo ser destrinchado e decidido na sentença”. (CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *O §6.º do art. 273 do CPC: Tutela*

Fredie Didier Jr., por sua vez, nos lembra que a palavra *questão* remete, na dogmática jurídica processual, a pelo menos dois significados distintos. O primeiro corresponde justamente ao visto acima, um sentido restrito segundo o autor, de que questão é “qualquer ponto de fato ou de direito controvertido, de que dependa o pronunciamento judicial”.<sup>8</sup> O segundo corresponde justamente à ideia de que questão é o próprio *thema decidendum*, assemelhando-se à noção de pedido. Neste caso, havendo mais de um pedido, várias são as questões apresentadas ao juízo.<sup>9</sup>

Isto esclarecido, voltemos à ideia de cognição. É importante lembrar que, na sistematização proposta por Kazuo Watanabe, a cognição pode ser vista a partir de dois planos distintos: o horizontal, no qual se avalia a extensão da matéria trazida ao conhecimento do juiz; e o vertical, no qual se avalia a profundidade com que essa matéria será analisada.<sup>10</sup> No plano horizontal, a cognição pode ser *parcial (limitada)* ou *plena*. É parcial quando retira ao juiz possibilidade de analisar determinados temas, como ocorre em relação ao direito de propriedade nas ações possessórias, o qual não pode ser apreciado; é plena quando não traz ao juiz nenhuma limitação material. No plano vertical, a cognição pode ser *superficial (sumária)* ou *exauriente*. É superficial quando analisada a partir de juízos de verossimilhança, sem exame aprofundado das matérias trazidas à discussão; é exauriente quando analisada a partir de juízos de maior certeza por parte do juiz.<sup>11</sup>

Da combinação desses planos, chega-se à ideia de que pode o legislador adaptar o procedimento segundo as necessidades que as situações fáticas impõem, não devendo se falar, portanto, apenas em cognição plena e exauriente, ainda que essa seja a regra no procedimento comum ordinário.<sup>12</sup> Veja-se, e tal ponto deve ser salientado: *a técnica da cognição plena e exauriente é apenas a regra geral do procedimento comum ordinário, mas não é a única técnica possível*. Nas ações possessórias, é vedado ao juiz e às partes trazer à discussão o direito de propriedade. Há, portanto, limitação à cognição no plano horizontal. No plano

---

antecipada parcial ou julgamento antecipado parcial da lide? Revista Dialética de Direito Processual. São Paulo: Dialética, 2003. n.1, p.113.)

<sup>8</sup> DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*: v.1. 12.<sup>a</sup> ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Editora JusPODIVM, 2010, p.305.

<sup>9</sup> *Ibidem*, p.306.

<sup>10</sup> Como bem interpreta Fredie Didier Jr., o plano horizontal “diz respeito à extensão e à amplitude das questões que podem ser objeto da cognição judicial”, justamente para definir quais as questões que o magistrado poderá examinar; o plano vertical, em seu turno, “diz respeito ao modo como as questões serão conhecidas pelo magistrado”, precisamente para se determinar de que forma o juiz conheceu aquilo que lhe foi levado a apreciar. (*Ibidem*, p.316-317.)

<sup>11</sup> WATANABE, Kazuo. *Cognição no processo civil*, 4.ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p.118-119.

<sup>12</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*. 7<sup>a</sup> Ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.19-20.

vertical, porém, o juiz deve se aprofundar totalmente na matéria relativa à posse. Usa-se, portanto, na ação possessória, a técnica da *cognição parcial e exauriente*.

Luiz Guilherme Marinoni analisa, a partir das inúmeras possibilidades oferecidas pelo legislador ao juiz, diversas combinações possíveis entre esses planos cognitivos. Interessamos, sobretudo, a técnica da *cognição sumária*. Sabendo que determinado direito pode encontrar-se sob risco ou que o dano pode já estar evidenciado, o legislador pode elaborar uma técnica que permita ao julgador proteger ou satisfazer o direito com base num juízo de verossimilhança, ou de probabilidade, a ser confirmado posteriormente. O juiz não deixará de prestar a tutela, simplesmente porque ainda não conhece a fundo as questões. De alguma forma, o direito alegado parece existir, e é necessário tutelá-lo.<sup>13</sup> É possível, então, deduzir as condições necessárias para a aplicação da técnica da *cognição sumária*:

a) o juiz decide a partir de um juízo de *probabilidade* ou de *verossimilhança*;<sup>14</sup>

b) o juiz decide de modo *provisório*, podendo, com o posterior aprofundamento da cognição, modificar sua decisão.

Em contrapartida, a cognição exauriente apresenta a lógica oposta. Uma vez que o juiz se aprofunda ao máximo no exame dos fatos, ele não vai decidir com base em juízo de probabilidade, ou de verossimilhança. Nem tampouco, se poderá dizer que o juiz decide de modo provisório, visto que ele esgota todas as discussões possíveis sobre os fatos, não cabendo discussões eternas sobre eles. É possível, pois, deduzir as condições necessárias para a aplicação da técnica da *cognição exauriente*:

a) o juiz decide a partir de um juízo de *certeza*;

b) o juiz decide de modo *definitivo*, não podendo modificar sua decisão, dado que já se tomou o conhecimento de todos os fatos e provas que lhe foram trazidos.

### 2.1.1.2 Dogmas e mitos do processo civil liberal

O processo civil clássico construiu-se em torno de uma visão essencialmente liberal, fruto que foi da ascensão da própria sociedade capitalista industrial. Dentro da perspectiva de que o Estado só deve intervir na vida em sociedade ou nos direitos individuais quando tal ingerência for absolutamente necessária, concebeu-se um modelo processual em que o valor

<sup>13</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da tutela*. 11ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p.34-35.

<sup>14</sup> Não nos deteremos aqui na espinhosa discussão acerca de como os conceitos de *verdade*, *probabilidade*, *verossimilhança* e *certeza* são controversos, e até confusos, na doutrina processual civil. Indicamos, no entanto, a seguinte leitura: MITIDIERO, Daniel. *Antecipação da tutela*: da tutela cautelar à técnica antecipatória. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p.95-111.



*segurança* se sobrepôs ao valor *efetividade*, como se o primeiro pudesse prescindir do segundo, ou ainda se opor a ele. Em outras palavras, concebeu-se um processo em que o juiz, para promover uma alteração no mundo dos fatos, precisa estar plenamente convencido dos fatos e dos direitos alegados pelo autor. Desta forma, havia a profunda crença em que um procedimento padrão seria suficiente para a solução de todo litígio trazido à análise do juiz: surgia o *procedimento ordinário*.<sup>15</sup>

Vedando ao cidadão o direito à autotutela dos direitos, o Estado assumiu o monopólio da jurisdição. E, em decorrência disso, construiu procedimentos capazes de possibilitar ao jurisdicionado interferir no convencimento do juiz, a fim de que possa ter seus direitos tutelados. O Estado liberal, por meio do procedimento ordinário, fundou-se na ideia de que, para que se possa privar alguém de um direito seu, é necessária observância de um processo devido. O procedimento comum ordinário permitiu a construção de uma espécie de *tutela-padrão* a ser fornecida pelo Estado, qual seja a de que a decisão judicial, tomada em cognição exauriente, assumirá para as partes um caráter definitivo.<sup>16</sup> Não tardaria que o procedimento ordinário passasse a ser a regra. Chiovenda já afirmava que só poderia haver segurança num sistema processual pautado pela *ordinariedade*, ou seja, por um procedimento de cognição plena e exauriente, o que requer, sobretudo, *tempo*.<sup>17</sup>

Ovídio Baptista nos lembra que a adoção do procedimento ordinário como regra no processo civil foi de vital importância para construção e consolidação do Estado industrial, a ponto de afirmar que “nem seria realmente possível imaginar a vitória da civilização industrial contemporânea, a partir do liberalismo dos séculos XVIII e XIX, se o direito não pudesse assegurar ao litigante vitorioso em juízo, para sempre, os resultados práticos de sua vitória”.<sup>18</sup> Por isso, afirma o emérito doutrinador, o processo civil precisava fundar-se nos *juízos de certeza*, pois seria a única forma de tutela processual compatível com os valores e padrões

---

<sup>15</sup> Segundo Ovídio Baptista da Silva, “a construção teórica do denominado ‘Processo de Conhecimento’, ou como muitos o denominam ‘Processo Declaratório’ (assim, por exemplo, Fernando Luso Soares, *Processo Civil de Declaração*, Coimbra, 1985), está medularmente comprometida com a ideia de *ordinariedade* e com a supressão de todas as formas de tutela jurídico-processual que impliquem sumarização da demanda, em procedimento diverso do ordinário, ou seja, um veículo procedimental que, sendo especial, possa conter simultaneamente, conhecimento e cognição.” (SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Da sentença liminar à nulidade da sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p.3-4.)

<sup>16</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*. 7ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.19.

<sup>17</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Abuso de defesa e parte incontroversa da demanda*. 2.ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p.14.

<sup>18</sup> SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de Processo civil*: v.1. 6.ª ed. rev. e atual. de acordo com as leis 10.352, 10.358/2001 e 10.444/2002. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p.114.

culturais dessa sociedade industrial: daí o abandono dos processos sumários e a consequente repulsa em relação a eles.<sup>19</sup>

Segundo Rogéria Dotti Doria, a universalização do procedimento ordinário é uma decorrência da grande valorização do princípio da segurança jurídica. Por ser o procedimento com mais garantias e com maior possibilidade de análise detalhada das situações de fato e de direito, supôs-se que o procedimento ordinário era o mais adequado à quase totalidade dos litígios, o que acabou levando a uma restrição cada vez maior dos procedimentos sumários, e a uma *universalização da ordinaryness* no processo.<sup>20</sup>

O problema é que essa universalização acaba se mostrando inadequada justamente porque dá o mesmo tratamento a inúmeras e diversas situações de direito material. Por isso, Doria alega que o *mito da ordinaryness* deve ser compreendido em conjunto com o *mito da neutralidade*, para o qual o processo ordinário, vez que concede garantias plenas a ambas as partes a fim de lhes dar maior segurança, seria supostamente neutro em relação às pretensões das partes.<sup>21</sup>

Tal “neutralidade” é também objeto de crítica profunda por parte de Luiz Guilherme Marinoni. Para o doutrinador paranaense, a consolidação do procedimento comum ordinário nos diversos sistemas processuais serviu para coroar o valor segurança sobre o valor tempestividade.<sup>22</sup> Com isso, sob o pretense argumento de que, por privilegiar a segurança, o procedimento ordinário seria neutro em relação ao direito material, acabou-se assistindo a um desequilíbrio no processo, decorrente do fato de que o tempo deveria ser um ônus suportado exclusivamente pelo autor que tem razão, ao passo que a demora (inerente e necessária à obtenção de um grau maior de certeza sobre o direito) sempre beneficiaria o réu que não a tem.<sup>23</sup>

No mesmo sentido, na visão de Doria, tal opção pela “neutralidade” do juiz é, em verdade, uma opção pela *parcialidade*, pois essa manutenção do *status quo ante* é altamente benéfica ao réu que não tem razão, e profundamente prejudicial ao autor que a tem. O processo não pode ser alheio à justiça, e a distribuição racional do ônus do tempo deve ser

---

<sup>19</sup> SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de Processo civil*: v.1. 6.<sup>a</sup> ed. rev. e atual. de acordo com as leis 10.352, 10.358/2001 e 10.444/2002. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 115.

<sup>20</sup> DORIA, Rogéria Dotti. *A tutela antecipada em relação à parte incontroversa da demanda*. 2.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 45.

<sup>21</sup> DORIA, *loc. cit.*

<sup>22</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Abuso de defesa e parte incontroversa da demanda*. 2.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p.13.

<sup>23</sup> *Ibidem*, p.16.

feita a fim de se garantir uma neutralidade verdadeira, e não uma neutralidade meramente formal.<sup>24</sup>

O processo civil clássico, imbuído da visão liberal, sempre privilegiou o direito de defesa do réu por acreditar que, assim, o processo seria neutro, e que só se poderia dar ao autor o direito pleiteado quando este se mostrasse já devidamente demonstrado, sendo o curso do processo necessário a tal demonstração. Para Marinoni, essa opção por privilegiar o direito de defesa do réu não é, em verdade, neutra, pois impõe somente ao autor o ônus do tempo do processo. Revela, assim, um desequilíbrio de forças, pois, sabendo-se que o processo é demorado, o réu, mesmo reconhecendo o direito do autor, pode considerar que adimplir apenas após o curso do tempo da ação é mais vantajoso do que fazê-lo imediatamente.<sup>25</sup>

No mesmo sentido, ao tratar da suposta neutralidade do juiz no procedimento ordinário, eis a lição de Ovídio Baptista, que optamos por transcrever:

É por este ângulo, precisamente, que os defeitos e inconveniências do *procedimento ordinário* mais se destacam, além de sua natural morosidade – que o transforma em instrumento processual de índole conservadora, enquanto preserva às vezes por longos e longos anos o *status quo* anterior à propositura da demanda –, funda-se ele igualmente num outro princípio herdado do liberalismo do século XIX, qual seja a existência de um magistrado destituído de quaisquer poderes para intervir no *objeto litigioso*, dando-lhe, através de decisões liminares, alguma forma de disciplina provisória enquanto a demanda se passa.

(...)

A “imparcialidade” que o *procedimento ordinário* impõe ao magistrado, impedindo-lhe de conceder medidas liminares ou, por qualquer forma, de dar regulação provisória ao *estado de fato da lide* é uma consequência natural dos princípios que presidiram à formação da “ciência” jurídica europeia no século XIX, especialmente da ideia de que ao Poder Judiciário cabia apenas a missão de cumprir a lei, sem mesmo poder interpretá-la, lei essa perante a qual “todos os homens eram iguais”, independentemente das injustiças concretas e de toda sorte de discriminações sociais que a ordem jurídica estivesse a produzir em homenagem a estes princípios.<sup>26</sup>

Como se vê, não há falar em *neutralidade* do procedimento ordinário. Não se pode falar em neutralidade quando se faz uma opção clara por que apenas uma das partes suporte o ônus do tempo. E o fator *tempo* no processo inevitavelmente opõe dois grandes direitos: o direito à tempestividade da prestação jurisdicional, e o direito à cognição plena e exauriente.<sup>27</sup> Exatamente por isso, deve-se ter em mente que o autor, quando postula um direito em juízo,

<sup>24</sup> DORIA, Rogéria Dotti. *A tutela antecipada em relação à parte incontroversa da demanda*. 2ª. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p.47-48.

<sup>25</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da tutela*. 11ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p.271-272.

<sup>26</sup> SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de Processo civil*: v.1. 6.ª ed. rev. e atual. de acordo com as leis 10.352, 10.358/2001 e 10.444/2002. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p.120-123.

<sup>27</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Abuso de defesa e parte incontroversa da demanda*. 2.ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p.17.

busca modificar o *status quo*, interessando apenas ao réu sua manutenção, o que equivale a dizer o seguinte: se de um lado, o do autor, o tempo implica o adiamento do gozo do direito ou do bem da vida em litígio, de outro, o do réu, o tempo implica o usufruto desse direito ou desse bem enquanto durar o processo.<sup>28</sup> Marinoni defende que, se o gozo de um direito ou de um bem da vida pode conferir ao homem felicidade ou menos infelicidade, impor unilateralmente ao autor que tem razão o ônus do tempo no processo significa privá-lo de uma vida melhor, causando-lhe danos e aumentando-lhe as privações, as frustrações.<sup>29</sup> Como se vê, pautar o processo pela *ordinariedade* é tudo menos pautá-lo pela *neutralidade*.

Disso decorre outro mito processual que também já se pode ver claramente afastado: o de que só é possível adentrar na esfera de direitos de alguém após esgotarem-se todos os meios de cognição exauriente. O processo civil clássico consagrou o princípio da *nulla executio sine titulo*, para o qual a declaração de um direito constitui *pressuposto* para sua efetivação. Dito de outra forma, a doutrina processual clássica concebeu um modelo de processo em que cognição e execução consistem em atividades distintas e separadas no processo. Por meio da cognição, chega-se à certeza acerca da existência ou não de um direito; e, por meio da execução, criam-se os mecanismos necessários para satisfazer tal direito na prática. Como se sabe, um direito só pode ser declarado, com alto grau de certeza, por meio de um procedimento que oportunize o contraditório e a ampla defesa, e que esteja amparado por cognição exauriente, capaz de levar à formação da coisa julgada material.<sup>30</sup>

No entanto, como bem o demonstra a doutrina de Luiz Guilherme Marinoni, pode-se facilmente notar que as modificações por que passa o sistema processual atualmente transformam tal princípio em mito.<sup>31</sup> Em primeiro lugar, porque não estamos mais num sistema em que cognição e execução sejam indissociáveis: a permissão da antecipação da tutela, por exemplo, possibilita ao juiz que crie mecanismos executivos mesmo no curso da cognição.<sup>32</sup> Em segundo lugar, porque abrir a via executiva a um título, segundo Marinoni, não consiste em declarar a existência do direito, mas tão somente em optar por sua realização prática. O que está em jogo é que, diante do conflito entre o direito à tutela adequada e tempestiva dos direitos e o direito a não ser definitivamente privado dos bens sem o devido processo legal, o sistema processual deve possibilitar ao autor o gozo imediato do direito

---

<sup>28</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Abuso de defesa e parte incontroversa da demanda*. 2.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p.18.

<sup>29</sup> *Ibidem*, p.19.

<sup>30</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Abuso de defesa e parte incontroversa da demanda*. 2.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p.42-43.

<sup>31</sup> *Ibidem*, p.43-44.

<sup>32</sup> *Ibidem*, p.45.

quando esse seu direito se mostrar, desde já, evidente, ou quando a defesa for infundada ou abusiva.<sup>33</sup>

Ovídio Baptista também se opõe radicalmente a essa separação absoluta entre cognição e execução, e admite a possibilidade de que, em ações sincréticas, como as mandamentais e as executivas, o juiz não só conheça, mas ainda determine técnicas capazes de dar efetividade à decisão. Assim, entra em crise o dogma de que o processo de conhecimento é só conhecimento, ou de que, na execução, o juiz está proibido de conhecer.<sup>34</sup> O que Ovídio Baptista já há muito defendia foi finalmente consolidado por meio da instituição da antecipação da tutela do artigo 273 do CPC, acrescentado pela lei n.º 8.952/1994. O artigo 273 do CPC surge exatamente para possibilitar ao juiz que, com base em juízos de verossimilhança, determine providências práticas que alterem o mundo dos fatos, ainda que a cognição seja rasa. Trata-se de novo paradigma processual, assentado na ideia de justiça, e não na de certeza.<sup>35</sup> Cremos, no entanto, que os elementos *justiça* e *certeza* não se encontram em oposição, como alude a autora.

### **2.1.2 Os direitos fundamentais à segurança jurídica e à efetividade da prestação jurisdicional**

Já se disse que o processo civil clássico assentou-se sobretudo nos fundamentos do valor segurança. E também já se disse que a crise por que passa o processo civil contemporâneo tem como causa principal a descrença na prestação jurisdicional, dada sua morosidade e sua pouca efetividade. Em decorrência disso, surgiu, na doutrina processual mais recente, longa discussão acerca da necessidade de ponderação, de sopesamento entre os dois principais valores de que o processo não pode descuidar: a *segurança* e a *efetividade*. Como se verá, o conflito entre esses dois valores só existe quando se parte de uma concepção clássica de segurança jurídica. Nos fundamentos do Estado Constitucional, a segurança jurídica deve ser tomada em um sentido muito mais amplo do que aquele em que é empregado na concepção do Estado Liberal. E, neste sentido, não haverá falar em segurança sem efetividade. É o que se passa a analisar.

---

<sup>33</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Abuso de defesa e parte incontroversa da demanda*. 2.ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p.45-46.

<sup>34</sup> SILVA, Jaqueline Mielke. *Tutela de urgência: de Piero Calamandrei a Ovídio Baptista da Silva*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009, p.201-202.

<sup>35</sup> *Ibidem*, p.207-208.

### 2.1.2.1 O processo civil sob a óptica dos direitos fundamentais

Não se pode conceber o processo civil fora da perspectiva dos direitos fundamentais. Seria absurdo fazê-lo. À Constituição deve se conformar todo o ordenamento jurídico infraconstitucional, e o processo civil não se excepciona. Desta forma, não há processo justo, se não há respeito aos direitos fundamentais processuais.<sup>36</sup>

A Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) dispõe, em seu artigo 5.º, inciso LIV, que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.<sup>37</sup> Em nossa doutrina, abundam teorias sobre o que seria *devido processo legal*. Em tese sobre o tema, Sérgio Mattos nos oferece um entendimento profundamente inspirador a respeito do devido processo legal<sup>38</sup>, tanto em sua perspectiva procedimental, quanto em sua perspectiva substantiva.<sup>39</sup> Nas palavras dele,

Como processo justo ou adequado, o devido processo legal é, em primeiro lugar, um processo materialmente informado por direitos fundamentais, expressos ou implícitos na Constituição. O direito fundamental a um processo justo compreende, portanto, o direito a um processo legal, porém, informado por direitos fundamentais processuais, como, por exemplo, o contraditório e ampla defesa, o juiz natural, a igualdade das partes, o direito à prova, etc.

(...)

Justo, portanto, não é qualquer processo regido por lei. Justo é o processo legal e informado por direitos fundamentais.<sup>40</sup>

Disso decorre que o processo civil deve ser informado por uma série de direitos fundamentais, sem os quais não pode caracterizar-se como processo justo. Não convém aos

<sup>36</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil*: v.1. São Paulo: Atlas, 2010, p.15.

<sup>37</sup> BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

<sup>38</sup> Para o autor, o *devido processo legal* não assume apenas a perspectiva procedimental, ou seja, não possibilita apenas que o princípio seja invocado para que direitos fundamentais processuais sejam assegurados. Em sua perspectiva substantiva, o princípio cumpre uma *função protetiva* de direitos fundamentais implícitos na Constituição, com base no princípio da dignidade da pessoa humana, além de poder ser invocado para impedir abusos em indenizações por danos morais (MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. *Devido processo legal e proteção de direitos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p.102-121.).

<sup>39</sup> Humberto Ávila entende que o devido processo legal consagrado no artigo 5.º, LIV, da CRFB, deve ser tomado como garantia meramente procedimental, não havendo falar em *devido processo legal substantivo*. Em que pesem a vultosa autoridade do jurista e o entendimento do Supremo Tribunal Federal, que concebe o *devido processo legal substantivo* como coincidente aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, usaremos neste trabalho a expressão *devido processo legal* no sentido que a adota a doutrina de Sérgio Luís Wetzel de Mattos, tanto em sua perspectiva procedimental quanto em sua perspectiva substantiva, por considerarmos a obra deste jurista uma verdadeira mudança de perspectiva sobre o devido processo legal substantivo em nossa doutrina. Para detalhes: ÁVILA, Humberto. *O que é “devido processo legal”?* Revista de Processo. São Paulo: RT, 2008, n. 163, p. 57.

<sup>40</sup> MATTOS, *op. cit.*, p.194.

objetivos deste trabalho analisar um a um os diversos direitos fundamentais processuais, mas talvez seja conveniente ao menos enumerar os principais desses direitos: direito fundamental de acesso à justiça, do qual decorrem os direitos fundamentais à ação e à tutela jurisdicional efetiva, adequada e tempestiva; direito fundamental ao contraditório e à ampla defesa; direito fundamental à igualdade entre as partes; direito fundamental à motivação e à publicidade das decisões judiciais; direito fundamental à prova e à vedação das provas ilícitas; direito fundamental ao juiz natural e imparcial; direito fundamental à assistência por advogado; direito fundamental à duração razoável do processo.<sup>41</sup>

Interessa-nos sobremaneira, dos direitos fundamentais acima catalogados, o último citado. A duração razoável do processo era considerada, para muitos processualistas, um direito fundamental implícito no direito fundamental à ação, previsto no artigo 5.º, inciso XXXV, do texto constitucional.<sup>42</sup> Leia-se: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.<sup>43</sup> Tal dispositivo consagra o *princípio da inafastabilidade*, segundo o qual o Judiciário deve se pronunciar sobre toda e qualquer lesão ou ameaça a direito que lhe for apresentada. Mas não é só: se o Estado tomou para si a atividade jurisdicional, vedando aos cidadãos o direito à autotutela dos direitos, ele deve estar dotado de mecanismos capazes de prestar a atividade jurisdicional em tempo hábil a fim de que o direito do autor tenha, de fato, efetividade.<sup>44</sup>

No mesmo sentido, ensina Sérgio Mattos:

Acesso à justiça, conforme se sabe, não significa apenas possibilidade de ingresso em juízo, ou simples admissão em juízo. Não basta simplesmente “abrir a porta de entrada do Poder Judiciário”. Impõe-se, isto sim, “prestar jurisdição tanto quanto possível eficiente, efetiva e justa”, concedendo-se “ao vencedor no plano jurídico e social tudo a que faça jus”. [...] Concluindo, o direito fundamental de acesso à justiça compreende não apenas o direito de provocar a atuação dos órgãos do Poder

<sup>41</sup> MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. *Devido processo legal e proteção de direitos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p.202-251.

<sup>42</sup> O Pacto de São José da Costa Rica, promulgado e incorporado ao ordenamento jurídico nacional pelo Decreto 678 de 1992, dispõe, em seu artigo 8º, 1, que “toda pessoa tem o direito a ser ouvida com as devidas garantias e dentro de um *prazo razoável*, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem os seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza” (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Convenção Americana de Direitos Humanos*, 1969, grifo nosso). Dessa forma, embora não previsto expressamente no texto constitucional de 1988, a duração razoável do processo era direito já consagrado pela doutrina e pela jurisprudência, fosse com base no Pacto de São José da Costa Rica, fosse com base no inciso XXXV, do artigo 5.º, da CRFB. Com a Emenda Constitucional n.º 45, desfez-se qualquer dúvida sobre sua incorporação a nosso ordenamento jurídico.

<sup>43</sup> BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

<sup>44</sup> DORIA, Rogéria Dotti. *A tutela antecipada em relação à parte incontroversa da demanda*. 2.ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p.26-27.

Judiciário, mas também e principalmente o de obter, em prazo razoável, uma decisão justa, eficaz e efetiva.<sup>45</sup>

A Emenda Constitucional (EC) n.º 45/2004, conhecida como reforma do Judiciário, acrescentou ao nosso rol de direitos fundamentais, agora de forma explícita, o direito fundamental à duração razoável do processo. O inciso LXXVIII assegura a todos, no âmbito judicial e administrativo, “a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.<sup>46</sup> Com tal inclusão, o Estado e os três Poderes que o organizam, além da doutrina, deverão consagrar os mecanismos capazes de promover a duração razoável do processo, entendendo-se como tal a duração que, sem ser previamente limitada, afasta do processo as *dilações indevidas*.<sup>47</sup> Luiz Guilherme Marinoni consagra tal expressão em nossa doutrina, a partir do artigo 24.2, da Constituição espanhola.<sup>48</sup> Para o autor, não é qualquer ato dilatatório que fere tal direito: o ato deve ser injustificado.<sup>49</sup>

Corroborando a opinião do processualista paranaense, Rogéria Dotti Doria nos lembra que há inúmeras situações em que a demora na prestação jurisdicional equivale efetivamente à sua não prestação. E conclui, de forma incisiva: “justiça tardia é praticamente o mesmo que denegação de justiça”.<sup>50</sup>

<sup>45</sup> MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. *Devido processo legal e proteção de direitos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p.179-180.

<sup>46</sup> BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

<sup>47</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Abuso de defesa e parte incontroversa da demanda*. 2.ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p.26.

<sup>48</sup> “**Artículo 24.**

1. Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.

2. Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público *sin dilaciones indebidas* y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia.

La ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos.” (ESPAÑA. Constitución (1978). Constitución Española, 1978, grifo nosso).

Artigo 24.

1. Todas as pessoas têm direito a obter tutela efetiva dos juízes e tribunais no exercício de seus direitos e interesses legítimos, sem que, em nenhum caso, se produzam situações em que alguém fique sem defesa.

2. Também, todos têm direito ao juiz ordinário predeterminado pela lei, à defesa e à assistência de advogado, a ser informados da acusação formulada contra eles, a um processo público *sem dilações indevidas* e com todas as garantias, a utilizar os meios de prova pertinentes à sua defesa, a não declarar contra si mesmos, a não confessarem-se culpados e à presunção de inocência.

A lei regulará os casos em que, por razão de parentesco ou de segredo profissional, não se estará obrigado a declarar sobre fatos presumidamente delictivos. (tradução livre).

<sup>49</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Abuso de defesa e parte incontroversa da demanda*. 2.ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p.30.

<sup>50</sup> DORIA, Rogéria Dotti. *A tutela antecipada em relação à parte incontroversa da demanda*. 2.ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p.28.



Entendemos, portanto, que só há devido processo legal quando há processo justo, informado por direitos fundamentais. Entre estes, está o direito fundamental à duração razoável do processo, entendendo como *duração razoável* aquela necessária e suficiente para que a decisão judicial possa ser tomada; aquela que proscree as dilações indevidas do curso do processo. Não é razoável a duração do processo que se estende mais do que deveria, nem a do processo que, confundindo efetividade com rapidez, viola outros direitos fundamentais apenas a pretexto de ser célere.

Gilmar Mendes, ao tratar do tema, também aponta que a duração razoável do processo, antes da positivação pela EC n.º 45/2004 estava implícita no direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, "no princípio do Estado de Direito e no próprio postulado da dignidade da pessoa humana".<sup>51</sup> Aduz o autor que o desrespeito a esse direito promove verdadeira coisificação do ser humano, conforme se lê em suas próprias palavras:

A duração indefinida ou ilimitada do processo judicial afeta não apenas e de forma direta a ideia de proteção judicial efetiva, como compromete de modo decisivo a proteção da dignidade da pessoa humana, na medida em que permite a transformação do ser humano em objeto dos processos estatais.<sup>52</sup>

Como se verá, não há como conceber a antecipação da tutela fora desse contexto.

#### 2.1.2.2 O “conflito” entre segurança jurídica e efetividade da jurisdição

A CRFB dispõe, no bojo de valores e de princípios que consagra, tanto o valor *segurança jurídica*<sup>53</sup> quanto o valor *efetividade*. Com efeito, um Estado Democrático de Direito só pode ser concebido sobre pilares sólidos que o sustentem, e não restam dúvidas de que a segurança jurídica é um deles. Complementar a isso, um Estado que não dê efetividade aos direitos fundamentais que consagra não é, de fato, um Estado Constitucional.<sup>54</sup>

De um lado, a segurança jurídica é conceituada por Humberto Ávila como uma norma-princípio a ser decomposta em três elementos fundamentais: a *cognoscibilidade* do direito, a *confiabilidade* do direito e a *calculabilidade* do direito. Para que haja segurança jurídica, é

<sup>51</sup> MENDES, Gilmar Ferreira *et al.* Curso de Direito Constitucional. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p.545.

<sup>52</sup> MENDES, *loc. cit.*

<sup>53</sup> Embora, em seu preâmbulo e no caput do art. 5.º, a CRFB mencione a palavra *segurança*, sem qualificá-la como *jurídica*, Humberto Ávila entende que essa qualificação é subentendida (ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário*. São Paulo: Malheiros, 2011, p.201-204).

<sup>54</sup> MITIDIERO, Daniel. *Antecipação da tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p.60-61.

necessário que o direito seja cognoscível, isto é, que seja possível ao cidadão conhecê-lo; é necessário que seja confiável e calculável, ou seja, que o cidadão possa confiar na estabilidade do direito, em sua durabilidade, e na irretroatividade, e pautar sua conduta tendo por base o direito conhecido, calculando de forma aproximada os efeitos que serão atribuídos a condutas por ele adotadas.<sup>55</sup>

Em entendimento semelhante ao anterior, Sérgio Mattos defende que a segurança jurídica é elemento fundamental do princípio do Estado de Direito. Estabelece a segurança jurídica “o dever de buscar um ideal de *estabilidade, confiabilidade, previsibilidade e mensurabilidade* na atuação estatal”.<sup>56</sup>

De outro lado, a *efetividade* é um imperativo à atuação jurisdicional, pois, uma vez que proibiu aos cidadãos a autotutela, o Estado assumiu o compromisso de fornecer ao autor uma tutela efetiva, capaz de proteger seu direito.<sup>57</sup> Segundo Teori Zavascki, o cidadão, impedido pelo Estado de buscar a autotutela, deve submeter-se às regras e aos procedimentos estabelecidos por este, os quais não podem se transformar em castigo ao jurisdicionado. Por isso, o Estado deve garantir a prestação jurisdicional *efetiva*, isto é, que produza efeitos capazes de promover o direito alegado, mas, mais que isso, deve garanti-la em tempo hábil, de modo a preservar o direito do demandante e evitar-lhe danos irreparáveis ou mesmo uma tutela que não se mostra mais útil. Por isso, Zavascki deduz que há para os litigantes um direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva e tempestiva.<sup>58</sup>

A doutrina muito discute sobre a efetividade no processo, mas poucos são os autores que buscam conceituá-la, ou, pelo menos caracterizá-la. Justamente por isso, não se pode ignorar a lição de Barbosa Moreira a respeito do tema. É preciso apreender, *in verbis*, seus ensinamentos:

Digladiam-se as doutrinas: mas, para fins práticos, talvez seja possível enunciar algumas proposições em que todos (ou quase todos) se inclinarão a convir, sempre que se queira fixar os requisitos básicos que o processo há de buscar satisfazer, para merecer a qualificação de “efetivo”. Elas configuram, por assim dizer, a problemática essencial da “efetividade”, que – sem esquecer quanto existe de subjetivo, quiçá de arbitrário, em qualquer escolha – ousaríamos resumir nos seguintes pontos:

a) o processo deve dispor de instrumentos de tutela adequados, na medida do possível, a todos os direitos (e outras posições jurídicas de vantagem) contemplados

---

<sup>55</sup> ÁVILA, *op. cit.*, p.268-269.

<sup>56</sup> MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. *Devido processo legal e proteção de direitos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p.186-187.

<sup>57</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da tutela*. 11ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p.18.

<sup>58</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*. 7ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.66.

- no ordenamento, quer resultem de expressa previsão normativa, quer se possam inferir do sistema;
- b) esses instrumentos devem ser praticamente utilizáveis, ao menos em princípio, sejam quais forem os supostos titulares dos direitos (e das outras posições jurídicas de vantagem) de cuja preservação ou reintegração se cogita, inclusive quando indeterminado ou indeterminável o círculo dos eventuais sujeitos;
- c) impende assegurar condições propícias à exata e completa reconstrução dos fatos relevantes, a fim de que o convencimento do julgador corresponda, tanto quanto puder, à realidade;
- d) em toda a extensão da possibilidade prática, o resultado do processo há de ser tal que assegure à parte vitoriosa o gozo pleno da específica utilidade a que faz jus segundo o ordenamento;
- e) cumpre que se possa atingir semelhante resultado com o mínimo dispêndio de tempo e energias.<sup>59</sup>

Dos seus ensinamentos, é possível sintetizar, embora fazê-lo quase viole a profundidade dos ensinamentos desse processualista, algumas noções sobre efetividade. Um processo efetivo é aquele que dispõe dos adequados (e viáveis) instrumentos de tutela dos direitos (materiais e processuais), de forma que o procedimento evite dilações indevidas e que o resultado do processo seja útil à parte que dele necessita.

Caracterizados os dois valores, *segurança* e *efetividade*, é preciso investigar agora se há ou não um conflito entre eles. Como já se disse, foi em torno da segurança jurídica que se erigiu o processo civil clássico, pelo menos no tocante à concepção liberal da segurança jurídica. Por tomar a segurança como valor nuclear do ordenamento jurídico, o Estado Liberal acabou relegando a efetividade a segundo plano. Quanto mais segurança se exige, mais tempo se requer para demonstrar a existência de um direito. Quanto mais tempo se requer, menor a efetividade.

Do que falamos até aqui sobre efetividade e segurança, é possível entrever um aparente paradoxo, que, embora aparentemente insolúvel, de fato não o é. Se a *efetividade* dos direitos exige que o processo se dê em tempo hábil, a *segurança jurídica* exige que os direitos e garantias processuais sejam amparados de modo amplíssimo, o que requer, sobretudo, *tempo*.<sup>60</sup> Rogéria Dotti Doria deduz, então, que o papel da doutrina e do legislador atuais é o de criar mecanismos capazes de garantir a efetividade sem comprometer a segurança, e, nesse sentido, a adoção de tutelas antecipatórias, de liminares e de procedimentos especiais acaba promovendo maior efetividade ao processo.<sup>61</sup>

<sup>59</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Notas sobre o problema da 'efetividade' do processo*. In: *Estudos de direito processual em homenagem a José Frederico Marques no seu 70º aniversário*, São Paulo: Saraiva, 1982, p.201-220.

<sup>60</sup> DORIA, Rogéria Dotti. *A tutela antecipada em relação à parte incontroversa da demanda*. 2.ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p.32.

<sup>61</sup> DORIA, *loc. cit.*

No mesmo sentido é o entendimento de Teori Zavascki, para quem o fator *tempo* é um dos principais a contraporem os direitos fundamentais acima analisados: para que haja segurança jurídica, o processo exige certo tempo para que a cognição se aprofunde, e para que o juiz possa decidir com juízo de certeza; por outro lado, a demora pode acarretar danos irreparáveis ao demandante, levando à inutilidade do provimento final.<sup>62</sup> Ciente da impossibilidade de prever todos os casos, o legislador, por meio de conceitos jurídicos indeterminados e cláusulas gerais, acabou dando poderes ao juiz para que aplicasse, no caso concreto, as técnicas antecipatórias, quando fosse necessário prover, desde já, o direito pleiteado, e as providências cautelares, quando se mostrasse necessário assegurar a certificação do direito ou sua execução futura.<sup>63</sup>

Também Carlos Alberto Alvaro de Oliveira se inclina na direção do conflito entre efetividade e segurança. Preferimos, dadas a clareza e a inspiração do autor, transcrever seu ensinamento.

A efetividade e a segurança constituem valores essenciais para a conformação do processo em tal ou qual direção, com vistas a satisfazer determinadas finalidades. Poder-se-ia dizer, uma perspectiva deontológica, tratar-se de sobreprincípios, embora sejam, a sua vez, também instrumentais em relação ao fim último do processo que é a realização da Justiça do caso. Como sobreprincípios, podem atuar sobre outras normas, tanto no âmbito semântico quanto no axiológico. Interessante é que ambos se encontram em permanente conflito, numa relação proporcional, pois quanto maior a efetividade menor a segurança, e vice-versa. Assim, por exemplo, o exercício do direito de defesa, princípio ligado à segurança, não pode ser excessivo nem desarrazoado. Nos casos não resolvidos pela norma, caberá ao órgão judicial, com emprego das técnicas hermenêuticas adequadas, ponderar qual dos valores deve prevalecer.<sup>64</sup>

Alvaro de Oliveira parece entrever, como os demais autores, uma possibilidade de coexistência entre a segurança e a efetividade. Mais que isso, o autor enxerga uma relação de implicação recíproca entre os dois valores, “no sentido de que nenhum deles se realiza sem influir, direta ou indiretamente, na realização dos demais”.<sup>65</sup>

A despeito das respeitáveis opiniões acima apresentadas, há autores que perfilam uma trilha diferente diante da relação existente entre segurança e efetividade. De que estão relacionados, não restam dúvidas. Mas sobre se a relação é conflituosa cabe discussão. Em inspirada reflexão sobre o tema, Daniel Mitidiero coloca sob reserva seu entendimento anterior de que ambos os valores conflitam, e passa a defender que não há segurança jurídica

---

<sup>62</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*. 7ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.68.

<sup>63</sup> *Ibidem*, p. 69-70.

<sup>64</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo*. 4ª ed., rev., atual. e aumentada. São Paulo: Saraiva, 2010, p.98.

<sup>65</sup> OLIVEIRA, *loc. cit.*

se não houver efetividade dos direitos.<sup>66</sup> Preferimos, também aqui, dar voz ao próprio autor, por entendermos ser o ponto crucial nos pressupostos teóricos que se estão adotando neste trabalho.

A técnica antecipatória desempenha função de natureza constitucional. Na dimensão da Constituição, contudo, não há propriamente colisão entre *segurança* e *efetividade*. Mais: esse *suposto* conflito não é rigorosamente composto mediante a possibilidade de *antecipação da tutela* pelo órgão jurisdicional. A uma, porquanto a efetividade é um elemento do conceito de segurança. De nada adianta certeza, confiança e calculabilidade se o direito não é passível de *realização*. Compreendida a efetividade como garantia de realizabilidade dos direitos, essa está abarcada no conceito de segurança jurídica – donde impossível a colisão. A duas, porque o clássico dilema entre o *far presto* e o *far bene* que a técnica antecipatória visa a harmonizar não indica colisão entre segurança (certeza, confiabilidade e calculabilidade) e efetividade (realizabilidade), mas simplesmente entre certeza e rapidez. Assim como segurança não se reduz a certeza, a efetividade não constitui sinônimo de rapidez. É um equívoco supô-lo.<sup>67</sup>

Como se vê, trata-se de um ensinamento deveras revelador, porque passa a compreender a efetividade como elemento componente do próprio conceito de segurança jurídica, ou como condição necessária à sua realização. Não é diferente do que pensa Humberto Ávila, cuja obra sobre o tema da segurança jurídica é verdadeiro farol para a doutrina atual. Segundo Ávila, a falta de efetividade compromete a segurança jurídica, porquanto só há calculabilidade quando o cidadão tem a “capacidade de antecipar e de medir o espectro reduzido e pouco variável de consequências atribuíveis abstratamente a atos, próprios e alheios, ou a fatos”.<sup>68</sup> Exatamente por isso, advoga o jurista pela tempestividade da prestação da tutela jurisdicional, e pela razoável duração do processo, tendo em vista que “o transcurso excessivo do tempo entre a previsão e sua confirmação transforma a possibilidade de calcular efeitos futuros na certeza de nunca assim os definir”.<sup>69</sup>

Optaremos, neste trabalho, por esta visão não conflituosa da relação entre segurança e efetividade. Ao contrário, preferiremos entender – e gostaríamos de reafirmá-lo – que só há segurança, se houver efetividade; e que o conflito entrevisto pela doutrina reside, de fato, na dicotomia entre certeza e rapidez. Desta forma, se a segurança jurídica é pilar do Estado Democrático de Direito, e se a efetividade é um dos pressupostos da segurança jurídica, o

<sup>66</sup> MITIDIERO, Daniel. *Antecipação da tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p.63.

<sup>67</sup> *Ibidem*, p.62-63.

<sup>68</sup> ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário*. São Paulo: Malheiros, 2011, p.620.

<sup>69</sup> *Ibidem*, p. 620-621.

direito fundamental à tutela efetiva, adequada e tempestiva é condição *sine qua non* para a caracterização do Estado Constitucional.

Importantes questões exsurgem do posicionamento adotado. Se as partes no processo não mais controvertem sobre determinado direito, é justo fazer com que o autor – ao não encontrar mais pretensão resistida por parte do réu – espere até o fim do processo, para ver realizado o direito em questão? Ainda, se sobre parte da demanda não há controvérsia, é justo que o autor espere até o final do processo para que veja protegida pela estabilidade da coisa julgada tal parcela incontroversa? É o que se buscará responder a seguir.

## 2.2 ESTUDO ANALÍTICO DO ARTIGO 273, §6.º, DO CPC

### 2.2.1 O conceito de tutela antecipada

Para que se possa compreender a importância do instituto introduzido em nosso ordenamento pelo acréscimo do parágrafo sexto ao artigo 273 do Código de Processo Civil, é importante que se faça uma decomposição analítico-teórica do instituto. Assim, pode-se construir um melhor entendimento sobre as hipóteses em que ele incide e as consequências de tal incidência. Apresenta-se, a seguir, o dispositivo em sua íntegra (destacou-se o §6.º).

Art. 273. 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: (Redação dada pela Lei n.º 8.952, de 1994)

I - haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou (Incluído pela Lei n.º 8.952, de 1994)

II - fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu. (Incluído pela Lei n.º 8.952, de 1994)

§ 1.º Na decisão que antecipar a tutela, o juiz indicará, de modo claro e preciso, as razões do seu convencimento. (Incluído pela Lei n.º 8.952, de 1994)

§ 2.º Não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado. (Incluído pela Lei n.º 8.952, de 1994)

§ 3.º A efetivação da tutela antecipada observará, no que couber e conforme sua natureza, as normas previstas nos arts. 588, 461, §§ 4.º e 5.º, e 461-A. (Redação dada pela Lei n.º 10.444, de 2002)

§ 4.º A tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada. (Incluído pela Lei n.º 8.952, de 1994)

§ 5.º Concedida ou não a antecipação da tutela, prosseguirá o processo até final julgamento. (Incluído pela Lei n.º 8.952, de 1994)

**§ 6.º A tutela antecipada também poderá ser concedida quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso. (Incluído pela Lei n.º 10.444, de 2002)**

§ 7.º 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. (Incluído pela Lei n.º 10.444, de 2002)<sup>70</sup>

A fim de compreender o dispositivo em destaque, é preciso que se decomponha sua redação. Busca-se, com isso, compreender melhor os conceitos jurídicos trazidos por ele e, logicamente, atingir maior precisão teórica no entendimento do instituto da antecipação da tutela diante de incontrovérsia parcial. Primeiramente, será analisado o conceito de tutela e seus desdobramentos. Em seguida, será mostrada a diferença entre tutela jurisdicional e técnica processual. Por fim, será categorizado o instituto da antecipação da tutela consoante os conceitos previamente trabalhados.

<sup>70</sup> BRASIL. Lei n.º 5.896 de 11 de janeiro de 1973. *Código de Processo Civil*.

### 2.2.1.1 Tutela jurisdicional, tutela do direito e técnica processual

O Dicionário Houaiss Eletrônico da Língua Portuguesa ensina a etimologia da palavra *tutela*: do latim *tutela,ae*, significa em sua origem “tudo que defende ou protege”; a palavra se origina a partir do radical de *tutum*, supino do verbo depoente *tueri*, que, por sua vez, significa “olhar, encarar, examinar, observar, considerar”.<sup>71</sup> Tutela é, portanto, proteção, defesa.<sup>72</sup>

Consoante já se expôs, o Estado vedou aos cidadãos o direito à autotutela dos direitos. Antes, o cidadão que sofria uma lesão a direito seu ou que estava na iminência de sofrê-la deveria encontrar seus próprios mecanismos de proteção, de defesa do direito sob lesão ou ameaça. Ao tomar para si o monopólio da jurisdição, o Estado tornou-se provedor da tutela jurisdicional. Diante de lesão ou de ameaça a direito, o cidadão deve recorrer ao Estado, porque este lhe preste a proteção desejada, a *tutela jurisdicional*. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira e Daniel Mitidiero lecionam:

Tutela jurisdicional é proteção – constitui a proteção judicial outorgada pelo Estado à esfera jurídica das pessoas. É um dos meios possíveis para realização da tutela dos direitos. A tutela jurisdicional compreende a organização do procedimento e muito especialmente a resposta ao exercício do direito de ação e do direito de defesa das partes em juízo.<sup>73</sup>

Como se vê da lição de tais processualistas, surgem, aqui, dois conceitos distintos, aos quais se requer profunda atenção: o primeiro é o conceito de *tutela jurisdicional*; o segundo, o de *tutela do direito*. Depreende-se de tais ensinamentos que a tutela jurisdicional é a resposta que o Estado confere ao cidadão que pleiteia a tutela de um direito seu. A tutela do direito, por sua vez, “é o resultado material da tutela jurisdicional”.<sup>74</sup> Em outra importante lição, ensina Carlos Alberto Alvaro de Oliveira que tutela jurisdicional é “o resultado da atividade desenvolvida pelos órgãos do Estado que exercem a jurisdição ou a tanto autorizados visando à proteção do patrimônio jurídico”.<sup>75</sup> Como se vê, trata-se de conceito distinto do apresentado anteriormente, razão pela qual ficaremos com o primeiro, por ser o mais recente no pensamento do autor.

<sup>71</sup> TUTELA. In: Grande Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa – beta. Disponível em <<http://www.uol.com.br/houaiss>>. Acesso em 18 de maio de 2013.

<sup>72</sup> Também faz alusão à etimologia da palavra: ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*. 7ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.5.

<sup>73</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil*: v.1. São Paulo: Atlas, 2010, p.29.

<sup>74</sup> *Ibidem*, p.130-131.

<sup>75</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Teoria e prática da tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 108.



Luiz Guilherme Marinoni doutrina em sentido semelhante, ao afirmar que “o sujeito só é titular de um direito quando tem uma posição juridicamente protegida, isto é, quando o direito proclamado pela norma atributiva dispõe de uma forma de tutela que seja adequada para sua proteção”.<sup>76</sup> Desta forma, o titular de um direito também é titular do *direito à tutela do direito*, ou seja, também é titular de um direito a que o Estado lhe preste uma tutela capaz de proteger um direito lesado ou sob ameaça de lesão.

Um exemplo ajuda a dirimir eventuais dúvidas. Um cidadão que tenha seu nome inscrito indevidamente em cadastro restritivo de crédito por alguma empresa pode bater às portas do Judiciário, para que este lhe tutele o direito ao bom nome, o direito ao crédito: está-se falando, aqui, do plano do direito material, concreto. Para que o Estado proteja tal direito material, o órgão julgador precisará dar uma resposta ao pedido: ordenar, por exemplo, sob pena de multa, que a empresa retire do cadastro restritivo o nome do autor inscrito indevidamente: está-se a falar, aqui, do plano do direito processual.

Em regra, a tutela do direito é fornecida somente ao autor, pois é ele que demanda direito em juízo, e só será concedida em caso de procedência do pedido. A tutela jurisdicional é concedida ao autor e ao réu, pois é a resposta que o Estado confere diante da postulação feita pelo autor. Independentemente de o autor ter ou não ter razão, uma resposta será dada pelo Judiciário: por isso está-se a falar, neste caso, em tutela jurisdicional.<sup>77</sup> Repita-se: a tutela jurisdicional só conduzirá à tutela do direito em caso de procedência do pedido do autor.

Entendida a tutela, passemos à *técnica processual*. Para conferir efetividade à decisão judicial, o legislador muniu o Judiciário de meios pelos quais o julgador possa atingir os fins desejados pelo processo. Uma decisão que simplesmente declare que um bem em poder do réu pertence de fato ao autor é inócua. Ela não é suficiente para que o direito pleiteado pelo autor seja de fato tutelado. Por isso, para atingir os diversos fins desejados pelo direito material, o direito processual deve dispor de técnicas, de meios que efetivem aqueles fins. Quando o juiz ordena, sob pena de multa diária, que o réu devolva o bem ao autor, ele está atuando indiretamente sobre a vontade do réu, que, ante a possibilidade de pagar multa diária, será coagido a devolver o bem. Quando o juiz expede mandado de busca e apreensão, ele atua a despeito da vontade do réu, que verá o bem sair de suas mãos. São exemplos de técnicas processuais.

---

<sup>76</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da tutela*. 11ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p.26.

<sup>77</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil*: v.1. São Paulo: Atlas, 2010, p.130.

Ao aprofundar o tema, Daniel Mitidiero chega a uma síntese repleta de clareza de entendimento. Merece transcrição. “Tutela e técnica estão, portanto, em *planos* diferentes: a primeira é resultado; a segunda é meio pra sua obtenção.”<sup>78</sup>

Entendido este ponto, passemos agora ao conceito de *tutela antecipada*.

### 2.2.1.2 Tutela definitiva e tutela provisória: relações com a técnica antecipatória

Consoante o já exposto, a fim de que o juiz possa fornecer, de modo adequado, resposta jurisdicional ao conflito que lhe é apresentado, o legislador munuiu-o de técnicas processuais, isto é, de meios que garantam a efetividade da atuação judicial. Pela técnica da cognição exauriente, por exemplo, o juiz poderá dar resposta definitiva à questão, pois a avaliou em toda sua profundidade, tendo dado às partes ampla possibilidade de produção de provas e pleno exercício do contraditório. Pela técnica da cognição sumária, por outro lado, o juiz poderá dar resposta provisória à questão, pois a avaliou apenas com base em juízo de verossimilhança ou de probabilidade, necessitando maior dilação probatória para que possa se convencer de modo definitivo acerca dos fatos e dos direitos alegados.

Luiz Guilherme Marinoni alerta para que não se confunda tutela dos direitos com o mecanismo, com a técnica que será utilizada para sua concessão. Ao exemplificar, o doutrinador aponta que quem pleiteia tutela do direito inibitória – ou seja, tutela que iniba o réu de cometer ato lesivo ao autor – precisará de uma sentença mandamental, que ordena, sob pena de multa, eis que é a única sentença capaz de realizar de forma efetiva o direito pleiteado.<sup>79</sup> Para Marinoni, portanto, a sentença mandamental é uma *técnica* que possibilita a realização de um direito no plano material. Generalizando, aduz: “*a sentença é o instrumento técnico que presta a tutela*”.<sup>80</sup> Mas, assim como os direitos alegados são diversificados, também a técnica para sua concessão deve ser moldada, de modo a possibilitar efetivamente a realização do direito. Destarte, quem pleiteia uma tutela do direito ressarcitória reparatória, isto é, uma tutela que repare um dano já sofrido e que já não pode ser revertido na forma

---

<sup>78</sup> MITIDIERO, Daniel. *Antecipação da tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p.54.

<sup>79</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da tutela*. 11ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p.30-31.

<sup>80</sup> *Ibidem*, p.42. Percebe-se que Marinoni atribui uma função mais ampla ao conceito de *técnica*, ao compreender que a sentença (declaratória, constitutiva, condenatória, mandamental e executiva *lato sensu*) é técnica para a efetivação dos direitos.

específica, precisará de uma sentença condenatória (uma sentença meramente declaratória não lhe serve).<sup>81</sup>

Neste sentido, deve-se entender a antecipação da tutela como uma das técnicas disponíveis para se conceder efetividade aos direitos.<sup>82</sup> De fato, o juiz, diante da urgência de dano irreparável à parte, ou da evidência do direito alegado pelo autor, precisa ter em mãos um instrumento que sirva à redistribuição do ônus do tempo no processo, ônus este que sempre foi colocado nos ombros do autor, mas que precisa ser distribuído de forma mais isonômica, para que se possa, deveras, falar em processo justo.<sup>83</sup>

Em conformidade com o que se apresentou anteriormente, o tempo é elemento que despe o processo de uma suposta neutralidade, quando não distribuído isonomicamente. Se o bem da vida perseguido pelo autor encontra-se na esfera jurídica do réu, e se o autor tem razão em sua pretensão, e o réu não, que sentido faz exigir que o autor suporte, sozinho, o ônus do tempo no processo? Por que razão o processo, a pretexto de uma falsa neutralidade, deverá prejudicar o autor que tem razão, em benefício do réu que não a tem?

Ora, é evidente que o tempo no processo precisa ser suportado de forma isonômica pelas partes. É esse o principal argumento de que faz uso Luiz Guilherme Marinoni para justificar a presença, no sistema processual, da técnica antecipatória. Com efeito, não é possível que, num processo pautado pelos direitos fundamentais, e pelos princípios democráticos, o autor seja o único a suportar o ônus do tempo. Se o Estado tomou para si a atividade jurisdicional, proibindo a autotutela, e se comprometeu a tratar com igualdade as partes, dando-lhes as mesmas oportunidades de defender seu direito, pouco sentido faz em que o autor seja o único a sofrer os danos decorrentes do tempo processual.<sup>84</sup>

Desta feita, o procedimento comum ordinário pode até ser a regra, mas ele deve trazer, em seu organismo, técnicas<sup>85</sup> que permitam a redistribuição do ônus do tempo, nos casos em

---

<sup>81</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da tutela*. 11ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p.42-43.

<sup>82</sup> *Ibidem*, p.31.

<sup>83</sup> DORIA, Rogéria Dotti. *A tutela antecipada em relação à parte incontroversa da demanda*. 2.ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p.58.

<sup>84</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Abuso de defesa e parte incontroversa da demanda*. 2.ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p.39.

<sup>85</sup> Tais técnicas não se restringem àquelas criadas pelo legislador. Isto porque o juiz deve poder adaptar o procedimento às necessidades e peculiaridades do caso concreto. A crise da ordinariade também se deve a essa necessidade crescente de não se tratar cada caso concreto com o mesmo remédio teórico imaginado pelo legislador. Por isso, Fredie Didier Jr., para nos restringirmos a um exemplo, defende a adaptabilidade do procedimento, no que ele denomina *princípio da adequação (legal e jurisdicional do processo)*. Em suas palavras: “Nada impede que se possa previamente conferir ao magistrado, como diretor do processo, poderes para conformar o procedimento às peculiaridades do caso concreto, tudo como meio de mais bem tutelar o direito material. Também se deve permitir ao magistrado que corrija o procedimento que se revele inconstitucional, por ferir um direito fundamental processual, como o contraditório (se um procedimento não

que o direito do autor se mostra mais provável, ou mais evidente, que o direito do réu.<sup>86</sup> A introdução, em nosso sistema, do artigo 273 do CPC é uma dessas técnicas, pois permite que se antecipe ao autor, com base em cognição sumária, aquilo que ele só obteria ao final do processo, quando a decisão já estaria fundada em cognição exauriente.<sup>87</sup>

Por isso, Jaqueline Mielke Silva argumenta que a antecipação da tutela constitui verdadeira quebra de paradigma no sistema processual do século XX, pois permite ao juiz, sem o juízo de certeza que se tem como *necessário* à prolação da sentença final de mérito, antecipar o mérito, antecipar os efeitos que a sentença de mérito geraria ao fim do processo.<sup>88</sup> Aduz a autora que o sistema processual clássico está assentado na influência racionalista, que defende ser o processo um instrumento em busca de uma certeza, de uma verdade, que só admite uma única solução. Assim, o processo deveria ser sempre neutro em relação aos fatos, só podendo levar a uma decisão quando o juiz formasse para si um juízo de certeza. Daí a adoção dos juízos de certeza, que levarão à “verdade processual”, em detrimento dos juízos de verossimilhança, que poderiam levar a uma decisão justa.<sup>89</sup> Ressaltamos que tal oposição entre *justiça* e *certeza*, apresentada pela autora, não nos parece acertada, como já mencionamos outrora.

---

prever o contraditório, deve o magistrado determiná-lo, até mesmo *ex officio*, como forma de efetivação desse direito fundamental). Eis que aparece o princípio da adaptabilidade, elasticidade ou adequação judicial do procedimento: cabe ao órgão jurisdicional prosseguir na empresa da adequação do processo, iniciada pelo legislador, mas que, em razão da natural abstração do texto normativo, pode ignorar peculiaridades das situações concretas somente constatáveis caso a caso” (DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*: v.1. 12.<sup>a</sup> ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Editora JusPODIVM, 2010, p.68-73.). Em relação à adaptabilidade do procedimento, é mister lembrar que o Código de Processo Civil português traz norma expressa neste sentido, denominada *princípio da adequação formal*, em seu artigo 265-A. Leia-se: “Quando a tramitação processual prevista na lei não se adequar às especificidades da causa, deve o juiz oficiosamente, ouvidas as partes, determinar a prática dos actos que melhor se ajustem ao fim do processo, bem como as necessárias adaptações”. (PORTUGAL. Decreto-Lei n.º 44.129 de 28 de dezembro de 1961. *Código de Processo Civil*). Também, cite-se que, em nítida consonância com tais entendimentos, o Projeto de Lei n. 166 do Senado, de 2010, que visa instituir o novo Código de Processo Civil brasileiro, trazia dispositivo expresso, consagrando a adaptabilidade (adequação formal). É o que se lia no artigo 107, V, do projeto original: “Art. 107. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: (...) V - adequar as fases e os atos processuais às especificações do conflito, de modo a conferir maior efetividade à tutela do bem jurídico, respeitando sempre o contraditório e a ampla defesa”. O dispositivo em apreço, após as inúmeras emendas que sofreu o projeto, foi reescrito, agora como artigo 118, retirando explicitamente a adequação formal ampla do processo e restringindo-a à adaptabilidade de prazos. Leia-se: “Art. 118. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: (...) V – dilatar os prazos processuais e alterar a ordem de produção dos meios de prova adequando-os às necessidades do conflito, de modo a conferir maior efetividade à tutela do bem jurídico” (BRASIL. Projeto de Lei n.º 166/2010. Código de Processo Civil. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=84496>>. Acesso em 23 de junho de 2013.). Uma verdadeira lástima.

<sup>86</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Abuso de defesa e parte incontroversa da demanda*. 2.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 39-40.

<sup>87</sup> *Ibidem*, p. 42.

<sup>88</sup> SILVA, Jaqueline Mielke. *Tutela de urgência*: de Piero Calamandrei a Ovídio Baptista da Silva. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009, p.201-202.

<sup>89</sup> *Ibidem*, p.203-204.

Do que se expôs até aqui, conclui-se que a antecipação da tutela é uma *técnica*, que possibilita a redistribuição racional e isonômica do ônus do tempo no processo. Por isso, a partir deste ponto, será referida como *técnica antecipatória*. A técnica poderá ser aplicada para a concessão de um direito fundada em juízo de verossimilhança ou de probabilidade – hipóteses dos incisos I e II do artigo 273 do CPC. Mas, para quem entende o §6.º do artigo 273 do CPC como mais uma das hipóteses de antecipação da tutela, também poderá ser aplicada para a concessão de um direito fundada em juízo de certeza – desde que cessada a incontrovérsia sobre parcela da demanda. Mais tarde, será explanada melhor tal sistematização. À tutela concedida antes do momento normal para sua concessão se chamará *tutela antecipada*. Portanto, para que reste clara a distinção terminológica, a *técnica antecipatória* é meio para que se proceda à *tutela antecipada do direito*, fim desejado pelo autor.

Por fim, faz-se mister separar terminologicamente os conceitos de tutela definitiva e tutela provisória do conceito de técnica antecipatória. A *tutela definitiva* é aquela em que o juiz, com base em juízo de certeza, e fundado em cognição exauriente, confere, de modo definitivo, a proteção jurisdicional a quem tiver razão. Opõe-se, em termo, à *tutela provisória*, entendida como tal aquela em que o juiz, com base em juízo de verossimilhança ou de probabilidade, e fundado em cognição sumária, confere, de modo precário, a proteção jurisdicional a quem *provavelmente* tem razão, podendo depois modificar seu entendimento.

É esse o entendimento de Teori Zavascki, que classifica a tutela jurisdicional como sendo definitiva ou provisória. Para ele, definitiva é a tutela que, mediante um procedimento de cognição exauriente, prioriza o valor segurança ao oportunizar às partes o exercício adequado do contraditório e da ampla defesa, e leva, em razão da segurança, à formação da coisa julgada material.<sup>90</sup> Por outro lado, provisória é a tutela que, mediante um procedimento de cognição sumária, prioriza o valor efetividade, e é caracterizada pela limitação temporal e pela precariedade, não se formando sobre ela a coisa julgada material, podendo ser modificada sempre que houver mudança no estado de fato ou de direito, ou ainda, quando se aprofundar a cognição judicial.<sup>91</sup>

Tais conceitos, embora relacionados, devem ser afastados do que se está denominando técnica antecipatória. A *técnica antecipatória*, como se viu, é um instrumento processual que visa a fornecer, antes do tempo previsto, a tutela do direito. A *técnica antecipatória*, conforme interpretação literal do artigo 273 do CPC, pode ser aplicada em três hipóteses: na tutela de

---

<sup>90</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*. 7ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.39-40.

<sup>91</sup> *Ibidem*, p. 40.

urgência (art. 273, I, CPC) , na tutela da evidência (art. 273, II, CPC) e na tutela da parte incontroversa (art. 273, §6.º, CPC).<sup>92</sup>

Faz-se, aqui, uma ressalva. Para a doutrina de Teori Zavascki, trata-se, nos três casos, de aplicação de técnica antecipatória. Para a doutrina de Luiz Guilherme Marinoni, apenas nos dois primeiros casos se está realmente a falar em antecipação dos efeitos finais da sentença, pois, no caso do §6.º, estar-se-ia diante de verdadeira resolução parcial definitiva de mérito, com uso de técnica antecipatória. O assunto tornará a ser debatido brevemente. Antes, deseja-se, a título de esclarecimento, comentar as três hipóteses acima apresentadas.

O legislador de 1994 criou duas possibilidades para concessão da antecipação da tutela. Na primeira, diante de um juízo de verossimilhança atingido por prova inequívoca trazida pela parte, o juiz concede a antecipação da tutela com base na urgência (art. 273, I, CPC), tendo em vista que há “fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação”. Na segunda hipótese, diante de um juízo de verossimilhança atingido por prova inequívoca trazida pela parte, o juiz concede a antecipação da tutela com base na evidência do direito (art. 273, II, CPC), tendo em vista a caracterização do abuso do direito de defesa ou do propósito meramente protelatório do réu.

Em 2002, com a “reforma da reforma”<sup>93</sup>, o acréscimo do §6.º ao artigo 273 do CPC possibilitou que a tutela seja concedida antecipadamente “quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso”. É sobre esta hipótese que versa o presente trabalho. Já tendo sido apresentada a antecipação da tutela como uma técnica, o que

---

<sup>92</sup> O modo como os processualistas classificam as hipóteses de antecipação de tutela diverge. Para Fredie Didier Jr., o inciso I do artigo 273 garante a chamada *tutela assecuratória*, e o inciso II do mesmo artigo garante a *tutela punitiva* (DIDIER JR., Fredie *et al.* Curso de Direito Processual Civil: v.2. 8.ª ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Editora JusPODIVM, 2013, p.547.). Não temos como compartilhar de tal nomenclatura, a despeito do peso da opinião de tal doutrinador, porque ela confunde uma característica básica da técnica antecipatória (que é técnica aplicável) com outra da tutela cautelar (que é tutela, esta sim com intuito assecuratório do direito debatido em juízo). Teori Albino Zavascki também advoga no mesmo sentido (ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*. 7ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.77.). Em sentido contrário, Daniel Mitidiero entende que a hipótese do inciso I corresponde ao que se denomina tutela antecipada de urgência e que a hipótese do inciso II corresponde não a um ato sancionatório, punitivo, mas à proteção de um direito que, em razão do abuso do direito de defesa ou do propósito protelatório do réu, mostra-se um direito evidente do autor. (MITIDIERO, Daniel. *Tendências em matéria de tutela sumária: da tutela cautelar à técnica antecipatória*. Revista de Processo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, v.197, julho de 2011, p.38-42.). O professor gaúcho também argumenta no sentido de não se poder confundir uma técnica com uma tutela, defendendo que a técnica antecipatória é aplicável mesmo em sede de tutela cautelar. Leia-se: “É preciso desde logo perceber que não é possível confundir a técnica antecipatória com a tutela cautelar. A primeira consubstancia-se essencialmente em uma *inversão procedimental* e constitui uma *técnica processual*. É um meio para a realização de uma finalidade. A segunda é *um dos fins* possíveis resultantes do emprego do meio – é uma espécie de *tutela jurisdicional do direito*. Dito de maneira clara, a antecipação da tutela é tão somente uma técnica processual que visa à concessão de *tutela satisfativa* ou de *tutela cautelar dos direitos*”. (MITIDIERO, Daniel. *Antecipação da tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 17.).

<sup>93</sup> A expressão foi emprestada de obra notável sobre o tema: DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma da reforma*. 3.ªed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2002.

se deseja, a partir de agora, é compreender se esta técnica se aplica ou não à decisão que resolve o mérito parcialmente, seguindo o processo apenas em relação à parte controvertida.

### 2.2.2 O conceito de pedido e de pedido incontroverso

A teoria geral do processo elenca três elementos como sendo os elementos da ação: as partes, o pedido e a causa de pedir (*causa petendi*).<sup>94</sup> O Código de Processo Civil brasileiro<sup>95</sup>, inclusive, entende como ações idênticas aquelas que apresentam identidade desses três elementos, o que pode gerar alegação de litispendência (quando se repete ação já em curso) ou de coisa julgada (quando se repete ação decidida por sentença de que não caiba mais recurso).<sup>96</sup>

As *partes* são os sujeitos que disputam o conflito de interesses trazido à apreciação do juiz: normalmente se designam como parte autora e parte ré.<sup>97</sup> Ao redigir a petição inicial, o autor deverá apresentar as razões de fato e de direito que fundamentam o pedido dirigido ao órgão jurisdicional: é a *causa de pedir*.<sup>98</sup> O *pedido*, por fim, “consiste naquilo que, em virtude da causa de pedir, postula-se ao órgão julgador”.<sup>99</sup>

Repita-se que o artigo 273, §6.º, do CPC, dispõe que “a tutela antecipada também poderá ser concedida quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso”. Assim, para que se possam compreender plenamente as hipóteses de cabimento da antecipação da tutela relativa à parte incontroversa, é preciso que se tenham em mente conceitos como pedido mediato, pedido imediato e cumulação de pedidos. É o que se passa a definir.

#### 2.2.2.1 Pedido e cumulação de pedidos

Já dissemos que o autor, ao postular um pedido, requer dos órgãos jurisdicionais do Estado uma tutela do direito. O julgador, por sua vez, a fim de materializar essa proteção,

<sup>94</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Curso de processo civil: v.2. 8.ª ed. rev., atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p.71.

<sup>95</sup> Art. 301.

§ 1.º Verifica-se a litispendência ou a coisa julgada, quando se reproduz ação anteriormente ajuizada.

§ 2.º Uma ação é idêntica à outra quando tem as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido.

(BRASIL. Lei n.º 5.896 de 11 de janeiro de 1973. *Código de Processo Civil. Grifo nosso*)

<sup>96</sup> MARINONI; ARENHART, *op. cit.*, p.71.

<sup>97</sup> *Ibidem*, p.86.

<sup>98</sup> *Ibidem*, p.72.

<sup>99</sup> *Ibidem*, p.74.

deverá usar técnicas processuais adequadas, realmente capazes de tutelar o direito material em conflito. Por isso, a doutrina processual faz distinção entre *pedido imediato* e *pedido mediato*.

Ao se falar em pedido imediato, está-se pensando na espécie de sentença (vimos que, para Marinoni, a sentença é uma técnica) requerida ao órgão jurisdicional. Desta forma, fala-se em sentença declaratória, sentença constitutiva, sentença condenatória, sentença mandamental e sentença executiva *lato sensu*.<sup>100</sup> É a providência técnica a ser tomada pelo julgador que seja efetivamente capaz de tutelar a parte que tem razão.

Ao se falar em pedido mediato, está-se pensando na tutela do direito.<sup>101</sup> Por isso, o autor que deseja ver cessar um ato ilícito do réu, pede, mediatamente, a tutela de remoção do ilícito. O autor que teme um dano ou um ilícito ainda não concretizados pelo réu pede, mediatamente, a tutela inibitória. O autor que sofreu um dano por parte do réu, dano impossível de ser revertido na forma específica, pedirá, mediatamente, uma tutela ressarcitória.

Repita-se o que já se disse: que a prestação efetiva de tutela só se dará quando houver correspondência entre o pedido mediato e o pedido imediato. Quem requer tutela ressarcitória, por exemplo, pedirá imediatamente ao julgador uma sentença condenatória. Quem requer tutela inibitória, pedirá imediatamente ao julgador uma sentença mandamental.

Esclarecido esse ponto, é preciso compreender a *cumulação de pedidos*, possibilitada pelo nosso sistema processual, desde que cumpridos certos requisitos. O artigo 292 do CPC dispõe tal possibilidade. Merece transcrição:

Art. 292. É permitida a cumulação, num único processo, contra o mesmo réu, de vários pedidos, ainda que entre eles não haja conexão.  
 § 1.º São requisitos de admissibilidade da cumulação:  
 I - que os pedidos sejam compatíveis entre si;  
 II - que seja competente para conhecer deles o mesmo juízo;  
 III - que seja adequado para todos os pedidos o tipo de procedimento.  
 § 2.º Quando, para cada pedido, corresponder tipo diverso de procedimento, admitir-se-á a cumulação, se o autor empregar o procedimento ordinário.<sup>102</sup>

Veja-se que o legislador pátrio não exigiu conexão entre os pedidos para que eles possam ser cumulados na mesma ação. Dessarte, é perfeitamente possível que o autor, numa única ação, postule tutela ressarcitória de indenização por dano causado pelo réu e tutela

<sup>100</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Curso de processo civil: v.2. 8.ª ed. rev., atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p.75.

<sup>101</sup> *Ibidem*, p.80.

<sup>102</sup> BRASIL. Lei n.º 5.896 de 11 de janeiro de 1973. *Código de Processo Civil*.



inibitória para que o réu se abstenha de praticar determinado ato: não há nenhuma necessidade de que tais pedidos sejam conexos.

O objetivo do legislador, ao oferecer tal possibilidade, é o de atender ao *princípio da economia processual*. Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Arenhart ensinam que, com isso, evita-se “a proliferação de demandas múltiplas que envolvem as mesmas partes”.<sup>103</sup> De fato, é antieconômico exigir das partes que litiguem em vários processos distintos simplesmente porque o pedido e a causa de pedir são distintos. Tal exigência abusa da capacidade do Judiciário de dar solução a todas as demandas que lhe são apresentadas. Sobre o princípio da economia processual, vale mencionar também a lição de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira e Daniel Mitidiero.

No plano processual, na perspectiva de economia de atos do juízo, o fenômeno apresenta dois perfis: (a) por um lado, mostra-se recomendável sirva cada processo para resolver o maior número possível de litígios (economia de processos; daí a possibilidade de litisconsórcio, cumulação de pedidos, pedido subsidiário, reconvenção e incidentes de intervenção de terceiros); (b) por outro, que comporte só os atos e formalidades indispensáveis ou úteis (economia de atos e formalidades, como a simplificação de formalidades, a proibição da prática de provas inúteis, a consideração do fato novo posterior etc.<sup>104</sup>

Como se vê da lição oferecida por tais processualistas, a economia processual não se refere apenas à economia de processos, mas se refere, ainda, à economia de atos e de formalidades. Ressaltem-se, então, dois pontos. Cumular pedidos relaciona-se à economia de processos. Evitar dilações indevidas relaciona-se à economia de atos e de formalidades.

A cumulação de pedidos pode ser *simples*, *sucessiva* ou *alternativa*.<sup>105</sup> Vejamos cada uma das hipóteses de forma mais detalhada.

<sup>103</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Curso de processo civil: v.2. 8.<sup>a</sup> ed. rev., atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p.84.

<sup>104</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil*: v.1. São Paulo: Atlas, 2010, p.89.

<sup>105</sup> Há classificações diferentes para a cumulação de pedidos, havendo autores que falam em cumulação *simples*, *sucessiva* e *eventual*. Adotou-se aqui a classificação proposta por Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Curso de processo civil: v.2. 8.<sup>a</sup> ed. rev., atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p.84.), além de Rogéria Dotti Doria (DORIA, Rogéria Dotti. *A tutela antecipada em relação à parte incontroversa da demanda*. 2.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p.113) e Yuri Magadan (MAGADAN, Yuri Grossi. *Hipóteses de antecipação da tutela*: exame do art. 273 do Código de Processo Civil. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2009, p.132.). Ovídio Baptista alerta expressamente para que não se confunda *pedido alternativo* (que diz respeito às obrigações alternativas) com *pedidos alternativos cumulados*, pois, aqui, é a cumulação de pedidos que se reveste de um sentido de alternatividade. Por isso, o processualista gaúcho prefere classificar a cumulação de pedidos da seguinte forma: *cumulação simples*, *cumulação alternativa eventual*, e *cumulação sucessiva eventual*. (SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de Processo civil*: v.1. 6.<sup>a</sup> ed. rev. e atual. de acordo com as leis 10.352, 10.358/2001 e 10.444/2002. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p.228.). Como se vê, Ovídio Baptista faz, em verdade, uma classificação binária (simples e eventual) e, como espécies de cumulação eventual, trata da cumulação alternativa e da sucessiva, um entendimento muito semelhante ao de Luiz Guilherme Marinoni.

Fala-se em *cumulação simples* quando os pedidos têm em comum apenas as partes, e só estão reunidos para efeitos de economia processual: não há, pois, conexão entre os pedidos, tratando-se de demandas distintas, que poderiam, perfeitamente, ser ajuizadas separadamente. A *cumulação sucessiva* ocorre quando o autor formula, por exemplo, dois pedidos, mas o segundo pedido só será apreciado em caso de procedência do primeiro. Está-se, por fim, diante de *cumulação alternativa* quando o juiz, diante da impossibilidade de conceder o pedido principal, aprecia o segundo. Embora haja autores que sistematizam o instituto da técnica antecipatória a partir de cada uma das cumulações anteriormente apresentadas, para efeitos práticos<sup>106</sup>, só interessará a este estudo a *cumulação simples*, isto é, aquela em que os pedidos cumulados só apresentem em comum as partes, não havendo dependência do julgamento de um em relação ao do outro.

#### 2.2.2.2 Conceito de parcela incontroversa da demanda

Retome-se o artigo 273, §6.º, do CPC, o qual dispõe que “a tutela antecipada também poderá ser concedida quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso”. Numa interpretação literal do artigo, poder-se-ia imaginar que a decisão que tutela a parte incontroversa da demanda, nesta modalidade do parágrafo sexto, só se aplica quando houver pedidos cumulados. Isso porque não é possível entrever, de sua leitura, que a técnica antecipatória poderá ser aplicada quando houver apenas *um* pedido, e parte dele se mostrar incontroversa. Evidentemente, tal interpretação não deve ser agasalhada.<sup>107</sup>

---

Freddie Didier Jr., por sua vez, classifica a cumulação de pedidos como sendo *própria* (que pode ser *simples* ou *sucessiva*) ou *imprópria* (que pode ser *subsidiária* ou *alternativa*). Para o processualista baiano, a cumulação simples e a cumulação sucessiva correspondem aos mesmos conceitos empregados por Ovídio Baptista, Marinoni e Doria; no entanto, ao tratar da cumulação imprópria, chama de *subsidiária* ou *eventual* a cumulação que os demais processualistas citados chamam de alternativa, e denomina *alternativa* aquela em que o autor não formula nenhuma preferência em relação aos pedidos alternativos que faz, diferentemente do que ocorre na subsidiária em que um pedido é formulado, mas, caso não se possa atendê-lo, faz-se outro. (DIDIER JR., Freddie. *Curso de Direito Processual Civil*: v.1. 12.ª ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Editora JusPODIVM, 2010, p.439-443.). Ressalte-se também o entendimento de Barbosa Moreira, para quem a cumulação de pedidos comporta duas modalidades: a *cumulação simples* e a *cumulação sucessiva*. Há também a *cumulação alternativa*, quando a vontade da parte é que decidirá qual pedido se buscará, e a *cumulação eventual*, quando a vontade da parte é irrelevante, sendo determinado pelo órgão judicial o pedido a ser cumprido (MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro*: exposição sistemática do procedimento. Ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p.13-14).

<sup>106</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*. 7ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.113.

<sup>107</sup> “A redação desse dispositivo poderia dar a falsa impressão de que ele se aplicaria exclusivamente quando no processo houvesse dois ou mais *pedidos cumulados pelo autor*; ou seja, a falsa ideia de não ser possível antecipar a tutela com fundamento na incontrovérsia, quando o pedido for único ou quando também o réu houver formulado uma demanda a ser decidida conjuntamente (reconvenção, pedido contraposto). A leitura do §6.º deve no entanto ser mais rica, de modo a otimizar os benefícios que ele pode gerar, em coerência com os pilares sistemáticos do *processo civil de resultados*.” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma da reforma*. 3.ªed.,

Teori Zavascki também chama atenção ao tema. De fato, se interpretado literalmente, o dispositivo impõe como requisito para a concessão da tutela antecipada a existência de pedidos cumulados. Tal interpretação não pode ser acolhida, tendo em vista que, teleologicamente, o legislador, se permitiu a tutela antecipada quando há pedidos cumulados, e parcela deles se mostrar incontroversa, não pode restringir o mesmo direito no caso de parcela de um único pedido mostrar-se incontroversa. Para aplicação do dispositivo, basta que *um* dos pedidos cumulados ou que o *único* pedido postulado seja passível de divisão. E pontua o doutrinador: “não se pode negar o menos, se a lei permite o mais”.<sup>108</sup>

Portanto, caso haja mais de um pedido cumulado ou pelo menos um pedido passível de divisão, não havendo controvérsia sobre um ou mais dos pedidos, ou sobre parcela de qualquer pedido, deve-se antecipar a tutela ao autor, pois não é racional retardá-la quando, sobre aquela parte, não haverá mais controvérsia dentro do processo. Trata-se, aqui, de tutelar um direito por sua *evidência*, segundo Zavascki.<sup>109</sup>

Resolvido este primeiro ponto, passa-se a outro, um pouco mais complexo. O que se deve entender por *pedido incontroverso*? Dessa pergunta, principal, derivam-se outras. Em quais hipóteses pode-se garantir o fim da controvérsia entre autor e réu? A não contestação gera incontrovérsia? Pode-se falar, nesse caso, em transação, confissão, revelia ou reconhecimento jurídico do pedido? Na doutrina processual que se aprofunda neste ponto, não há consenso pleno sobre todas as situações em que se caracteriza a incontrovérsia parcial. Analisemos o ponto a partir da diferença entre *fato incontroverso* e *pedido incontroverso*.

Veja-se: o dispositivo legal em estudo dispõe expressamente sobre *pedido incontroverso*.<sup>110</sup> Há outros dispositivos no mesmo Código que tratam de fatos incontroversos. Ao regular o instituto da revelia, dispõe o CPC em seu artigo 319, que “se o réu não contestar a ação, reputar-se-ão verdadeiros os fatos afirmados pelo autor”.<sup>111</sup> Ao dispor sobre o ônus da impugnação específica por parte do réu, o CPC ensina:

---

rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2002, p.94). Também neste sentido: “Cabe aqui uma crítica ao texto da lei, observada por Brum Vaz, pois essa faz previsão de antecipação de tutela no caso de incontrovérsia de um dos pedidos cumulados, dando a falsa impressão de que a incontrovérsia do pedido único não daria ensejo a tanto, não sendo razoável negar antecipação da tutela nessa hipótese”. (MAGADAN, Yuri Grossi. *Hipóteses de antecipação da tutela*: exame do art. 273 do Código de Processo Civil. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2009, p.131.).

<sup>108</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*. 7ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.112-113.

<sup>109</sup> *Ibidem*, p. 108.

<sup>110</sup> “O texto da lei é claro ao afirmar que a incontrovérsia é do pedido. Assim, o que autoriza a antecipação é a existência de pedido sobre o qual não se controverteu.” (MAGADAN, *op. cit.*, p.134.)

<sup>111</sup> BRASIL. Lei n.º 5.896 de 11 de janeiro de 1973. *Código de Processo Civil*.

Art. 302. Cabe também ao réu manifestar-se precisamente sobre os fatos narrados na petição inicial. **Presumem-se verdadeiros os fatos não impugnados**, salvo:  
 I - se não for admissível, a seu respeito, a confissão;  
 II - se a petição inicial não estiver acompanhada do instrumento público que a lei considerar da substância do ato;  
 III - se estiverem em contradição com a defesa, considerada em seu conjunto.<sup>112</sup>

Leia-se, ainda, o disposto no artigo 334, inciso III, em destaque, do CPC:

Art. 334. Não dependem de prova os **fatos**:  
 I - notórios;  
 II - afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária;  
 III - admitidos, no processo, como **incontroversos**;  
 IV - em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade.<sup>113</sup>

Sobre a confissão, também interessante anotar que ela recai sobre fatos. O artigo 348 do CPC dispõe que “há confissão, quando a parte admite a verdade de um fato, contrário ao seu interesse e favorável ao adversário”.<sup>114</sup> Assim, não se deve confundir confissão com reconhecimento jurídico do pedido, caso em que o réu admite não apenas o fato, mas a própria pretensão do autor.

Também, quando o réu não oferece resposta à pretensão do autor, há efeitos processuais decorrentes. Caracteriza-se, nesta situação, o instituto da *revelia*. É revel o réu que deixa de apresentar resposta sobre a demanda, e da revelia decorrem efeitos materiais importantes. Como se depreende da leitura do artigo 319 do CPC, também neste caso serão reputados verdadeiros os fatos afirmados pelo autor, levando à incontrovérsia fática. Conforme será comentado em momento oportuno, a presunção, aqui, é relativa. Leia-se o dispositivo legal:

Art. 319. Se o réu não contestar a ação, reputar-se-ão verdadeiros os fatos afirmados pelo autor.<sup>115</sup>

Não se podem, portanto, confundir os dois conceitos. O fato incontroverso, fato que é, está no mundo dos fatos. O pedido incontroverso, pedido que é, está no mundo do direito. Tal é o ensinamento da doutrina de Daniel Mitidiero, que preferimos transcrever literalmente. Para o emérito doutrinador, o direito brasileiro “expressamente aduz que a incontrovérsia concerne ao pedido do demandante, colocando-a ao largo dos fatos, notoriamente situados no

<sup>112</sup> BRASIL. Lei n.º 5.896 de 11 de janeiro de 1973. *Código de Processo Civil* (grifo nosso).

<sup>113</sup> *Ibidem*.

<sup>114</sup> *Ibidem*.

<sup>115</sup> *Ibidem*.

âmbito da causa de pedir”.<sup>116</sup> Como bem aponta o professor, o fato incontroverso situa-se no âmbito da causa de pedir, e não no do pedido; portanto, não é suficiente para caracterizar a incontrovérsia exigida pelo artigo 273, §6.º, do CPC. Aduz o processualista:

Anote-se, porém, que não se quer com isso afirmar que a incontrovérsia fática não possui relevo nesse contexto: de modo nenhum. O que se quer, justamente, é afirmar que a incontrovérsia fática só importa se for suficiente para caracterizar igualmente a incontrovérsia do pedido.<sup>117</sup>

Com efeito, nem todo fato incontroverso resultará em pedido incontroverso. O juiz precisará avaliar se do fato incontroverso decorre o pedido formulado pelo autor. Isso porque o que se presume verdadeiro são os fatos, e o pedido comporta, além da análise desses fatos, a análise técnica do direito, a ser feita pelo magistrado. Pode ser que, dos fatos presumidos verdadeiros, não decorram as consequências jurídicas alegadas pelo autor. É o entendimento de Teori Zavascki<sup>118</sup>, de Luiz Guilherme Marinoni<sup>119</sup>, de Rogéria Dotti Doria<sup>120</sup> e de Jaqueline Mielke Silva<sup>121</sup>.

Entendido que pedido incontroverso não é fato incontroverso, a observação a ser feita é a seguinte: caso ocorra confissão, revelia ou não impugnação específica, por parte do réu, dos fatos alegados pelo autor, não necessariamente se poderá antecipar a tutela, pois a antecipação só cabe quando o *pedido* for incontroverso.

Ainda sobre o significado de incontroverso, cabe anotar importante ensinamento de Luiz Guilherme Marinoni, para quem tal significado deve ser buscado no artigo 331, §2.º, do CPC. Leia-se o próprio autor, *in verbis*.

Ao tratar da audiência preliminar, diz esse artigo que, se não for obtida conciliação, o juiz “fixará os pontos controvertidos”, decidirá as eventuais questões pendentes, e determinará as provas a serem produzidas, designando, se necessário, audiência de instrução e julgamento. Na audiência preliminar, o juiz pode chegar à conclusão de que parcela da demanda, apesar de contestada, não precisa ser esclarecida mediante prova testemunhal ou pericial. Nesse caso, apenas a outra parte da demanda deverá ser fixada como controvertida e somente sobre ela deverá ser determinada a produção de prova.<sup>122</sup>

<sup>116</sup> MITIDIERO, Daniel. *Processo civil e Estado Constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p.44.

<sup>117</sup> *Ibidem*, p.44-45.

<sup>118</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*. 7ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.110-111.

<sup>119</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da tutela*. 11ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p.285.

<sup>120</sup> DORIA, Rogéria Dotti. *A tutela antecipada em relação à parte incontroversa da demanda*. 2.ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p.94.

<sup>121</sup> SILVA, Jaqueline Mielke. *Tutela de urgência*: de Piero Calamandrei a Ovídio Baptista da Silva. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009, p.252.

<sup>122</sup> MARINONI, *op. cit.*, p.286.

Do ensinamento do doutrinador paranaense, percebe-se que interessa, portanto, não apenas o significado da incontrovérsia, mas ainda o momento em que tal incontrovérsia passa a ser admitida.<sup>123</sup> Para Marinoni, é de fundamental importância para tal compreensão a exegese do artigo 331 do CPC, que determina a realização de audiência preliminar a fim de fixar a matéria controvertida, determinar a dilação probatória, entre outros fins. É nela que o juiz poderá dialogar com as partes e, obtendo delas as informações preliminares quanto aos fatos e às provas, delimitar a matéria não controvertida e antecipar a tutela relativamente a ela.<sup>124</sup> Também é o ensinamento de Fredie Didier Jr.<sup>125</sup>

Feitas as considerações teóricas relativas à aplicação da técnica antecipatória em caso de incontrovérsia parcial, podem-se agora determinar os efeitos jurídicos que decorrem da construção teórica feita até aqui. É preciso determinar agora em quais hipóteses o pedido será considerado incontroverso; de que forma será feito o julgamento da parte incontroversa; qual a natureza da decisão que antecipa parcialmente a tutela pretendida; e, ainda, qual o recurso desafiado por essa decisão. É o que se passa a fazer.

---

<sup>123</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Abuso de defesa e parte incontroversa da demanda*. 2.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p.209.

<sup>124</sup> *Ibidem*, p. 209-210.

<sup>125</sup> “Iniciada a audiência preliminar, o magistrado tentará alcançar a conciliação. Não obtida a conciliação, o magistrado deverá resolver as questões processuais pendentes e fixar os pontos controvertidos do processo – isto é, identificar as questões que devem ser objeto da fase de instrução probatória.” (DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*: v.1. 12.<sup>a</sup> ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Editora JusPODIVM, 2010, p.532.)

### 3. EFEITOS JURÍDICOS DECORRENTES DA ANÁLISE TEÓRICA APRESENTADA

#### 3.1 HIPÓTESES DE APLICAÇÃO DO PARÁGRAFO 6º DO ARTIGO 273 DO CPC

##### 3.1.1 Fato incontroverso, pedido incontroverso e suas relações

Já se disse que *fato incontroverso* e *pedido incontroverso* não se confundem. No entanto, não se pode dizer que entre esses dois conceitos não haja relação. Tal relação precisa ser, neste momento, estudada. Também já se afirmou no presente trabalho que, ao formular um pedido, o autor deve apresentar os fundamentos (*causa petendi*) pelos quais entende ser possível o pedido. Não apenas os fundamentos de fato devem ser apresentados, senão ainda os fundamentos de direito. Não se trata de mera opção do réu, mas de um *ônus* que lhe é imposto.

Dispõe o CPC, viu-se, que caberá ao réu impugnar, de modo específico, os fundamentos apresentados pelo autor. A defesa de mérito do réu pode ser direta ou indireta. É direta quando o réu nega os fatos constitutivos do direito alegados pelo autor. É indireta quando o réu até admite os fatos constitutivos alegados pelo autor, mas opõe outros fatos (modificativos, impeditivos ou extintivos) que tornam questionável a pretensão do autor. Veja-se: nosso sistema processual impõe ao réu um *ônus* de impugnação específica dos fatos alegados pelo autor. Cabe ao réu, no momento de sua resposta, demonstrar, de forma completa, por que entende ser injusta a pretensão do autor. É o que dispõe o artigo 302 do CPC, que se transcreve novamente abaixo:

Art. 302. Cabe também ao réu manifestar-se precisamente sobre os fatos narrados na petição inicial. Presumem-se verdadeiros os fatos não impugnados, salvo:  
 I - se não for admissível, a seu respeito, a confissão;  
 II - se a petição inicial não estiver acompanhada do instrumento público que a lei considerar da substância do ato;  
 III - se estiverem em contradição com a defesa, considerada em seu conjunto.<sup>126</sup>

Nosso sistema não permite, como regra, a denominada contestação genérica, em que o réu simplesmente alega não ter razão o autor, deixando para momento posterior a fundamentação de suas alegações. A impugnação dos fatos narrados na petição inicial deve ser *precisa*, sob pena de se reputarem verdadeiros os fatos não impugnados. A presunção de

<sup>126</sup> BRASIL. Lei n.º 5.896 de 11 de janeiro de 1973. *Código de Processo Civil*.

veracidade dos fatos, porém, não levará necessariamente à procedência do pedido. O juiz deverá verificar se, dos fatos presumidos verdadeiros, decorrem as consequências jurídicas deduzidas pelo autor. Somente neste caso é que o fato incontroverso levará ao pedido incontroverso. Caso o juiz entenda que dos fatos narrados não decorre a consequência deduzida, não se forma a incontrovérsia sobre o pedido, embora ela se forme sobre os fatos. Por isso, é necessário se avalie quais são as técnicas que permitirão a formação da incontrovérsia parcial, para que se aplique o disposto no artigo 273, §6.º, do CPC.

### 3.1.1.1 A técnica da não contestação

A primeira hipótese a se considerar é aquela em que o autor não contesta os fatos alegados pelo autor. Caso a situação não se amolde às exceções previstas nos incisos do artigo 302 do CPC, os fatos se presumirão verdadeiros. Caso, dos fatos, decorram as consequências jurídicas pretendidas, o pedido se torna incontroverso naquele ponto. É preciso distinguir aqui duas situações: a primeira é aquela em que o réu não oferece resposta, caso em que se caracteriza a *revelia* (art. 319 do CPC); a segunda é aquela em que o réu oferece resposta, mas não cumpre o ônus de impugnação específica que lhe é imposto (art. 302 do CPC). Embora a lei preveja, em ambos os casos, a presunção de veracidade dos fatos alegados pelo autor, há relevante diferença apontada pela doutrina de forma praticamente unânime.<sup>127</sup>

Na revelia, os fatos se presumem verdadeiros, mas tal presunção é *relativa*. Esclarecendo, há várias razões que podem levar o autor a não apresentar resposta, não se lhe podendo imputar, em todas as situações, os efeitos materiais decorrentes de sua condição de revel. A doutrina processual pouco diverge quanto a este ponto, entendendo, como o faz Marinoni, que não se pode considerar o pedido incontroverso simplesmente porque o réu não apresentou resposta à formulação inicial do autor.<sup>128</sup>

Totalmente diferente é a situação do réu que, apresentando resposta, deixa de cumprir o ônus da impugnação específica. Entende-se que preclui ao réu o direito de contestar as alegações de fato e de direito do autor caso não o faça em sua resposta. É nesta situação que, para a doutrina de Luiz Guilherme Marinoni, por exemplo, está-se a falar de incontrovérsia fática que pode levar à incontrovérsia jurídica. Ora, sabe-se que é ônus do réu contestar totalmente, e de forma específica, o pedido (art. 302, CPC). Não o fazendo, pode acabar

---

<sup>127</sup> MAGADAN, Yuri Grossi. *Hipóteses de antecipação da tutela: exame do art. 273 do Código de Processo Civil*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2009, p.139.

<sup>128</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Abuso de defesa e parte incontroversa da demanda*. 2.ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p.146-147.



transformando a parcela não contestada em parcela não controvertida, se o juiz entender que, de tais fatos, decorre o direito alegado.<sup>129</sup> Marinoni exemplifica: se o autor pede 100, e o réu só contesta a respeito de 50, não há razão que justifique a não concessão da tutela em relação à parte não controvertida. Por isso, criou-se o instituto previsto no §6.º, do artigo 273 do CPC. Não é justo fazer com que o autor espere pela realização de um direito quando tal direito já não se mostra mais controvertido.<sup>130</sup>

Em outra lição importante, o processualista, em conjunto com Sérgio Arenhart, ensina:

Ademais, é possível falar em “não contestação”. Isto acontece quando o réu não contesta precisamente os fatos alegados, mas não se extrai de sua defesa o reconhecimento de parcela do postulado ou a vontade de contestar o fato não impugnado de forma específica. Por exemplo: se o autor, em razão de um ilícito, pede dano emergente e lucros cessantes, e o réu, sem negar o ilícito, contesta apenas os lucros cessantes, ele não controverte os danos emergentes, embora não haja como concluir que houve aí reconhecimento do pedido. O réu, nesse caso, descumpriu o ônus de contestar precisamente os fatos alegados (art. 302 do CPC) e, se do conjunto da contestação não é possível extrair a vontade de contestar o pedido não impugnado, ele deve ser admitido como incontroverso.<sup>131</sup>

Portanto, como se vê, trata-se de situação diversa da revelia. Se uma das funções do julgador é a de distribuir de forma isonômica o ônus do tempo no processo, não se justifica seja o autor a esperar para fruir um direito, quando o réu, que tem o ônus de contestar de forma específica o pedido formulado pelo autor, não o faz. Ora, se o ônus do tempo deve ser suportado por uma das partes, que o suporte a parte que provavelmente não tem razão. Para Marinoni, no caso da não contestação, pressupõe-se uma participação *ativa* do réu, o que leva à incontroversia, não se tratando de revelia.<sup>132</sup>

É por isso que a técnica da não contestação está presente também em outros ordenamentos jurídicos. No direito italiano, a título de exemplo, há previsão expressa da “*ordinanza per il pagamento di somme non contestate*”, conforme se lê do artigo 186-bis do *Codice di Procedura Civile* italiano.<sup>133</sup> Por meio da técnica da não contestação, permite-se a

<sup>129</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Abuso de defesa e parte incontroversa da demanda*. 2.ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p.148-149.

<sup>130</sup> *Ibidem*, p.149-150.

<sup>131</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de processo civil*: v.2. 8.ª ed. rev., atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p.234.

<sup>132</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Abuso de defesa e parte incontroversa da demanda*. 2.ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p.158.

<sup>133</sup> “**Art. 186-bis. (Ordinanza per il pagamento di somme non contestate)**

Su istanza di parte il giudice istruttore può disporre, fino al momento della precisazione delle conclusioni, il pagamento delle somme non contestate dalle parti costituite. Se l'istanza è proposta fuori dall'udienza il giudice dispone la comparizione delle parti ed assegna il termine per la notificazione.

L'ordinanza costituisce titolo esecutivo e conserva la sua efficacia in caso di estinzione del processo.

formação de títulos executivos judiciais, possibilitando-se ao juiz, até as conclusões da instrução, antecipar a eficácia executiva no caso de somas não contestadas.<sup>134</sup> Luiz Guilherme Marinoni aponta algumas peculiaridades do instituto no direito italiano: em primeiro lugar, ele só se presta à antecipação dos efeitos executivos no caso de *obrigação de pagar* quantia; em segundo lugar, não pode ser usado em qualquer momento do processo, mas apenas até as conclusões da instrução; em terceiro lugar – e talvez aqui haja um ponto substancial – a decisão é *modificável* e *revogável*; por fim, a decisão conserva sua eficácia mesmo após a extinção do processo.<sup>135</sup> Marinoni vê, na possibilidade de revogação, um problema, pois ela limita a ideia de segurança garantida, por exemplo, pela manutenção de sua eficácia mesmo com a extinção do processo. A doutrina italiana, segundo o processualista brasileiro, compreende, de forma majoritária, que ao dispor que “*l’ordinanza costituisce titolo esecutivo e conserva la sua efficacia in caso di estinzione del processo*”, está a se tratar apenas da eficácia executiva, não valendo a eficácia preclusiva, por exemplo, inerente à formação da coisa julgada material. Daí a modificabilidade e a revogabilidade da decisão.<sup>136</sup>

Uma diferença bem relevante entre as *ordinanze* italianas e a aplicação da técnica antecipatória no caso de incontrovérsia parcial no direito brasileiro reside no fato de que, no direito italiano, a *ordinanza* está restrita às obrigações de pagar soma. No nosso ordenamento jurídico, não há limitação à aplicação da tutela antecipatória no caso de pedido incontroverso ou parte incontroversa do pedido: cabe, pois, no caso das obrigações de pagar soma, nas obrigações de fazer, nas de não fazer, nas de entregar coisa. Ainda, nada impede que a incontrovérsia se dê quanto à ação declaratória ou à ação constitutiva. Para a doutrina de Marinoni, qualquer obrigação pode, portanto, ser objeto da tutela prevista no §6.º do art. 273 do CPC.<sup>137</sup>

Do exposto até aqui, pode-se concluir o seguinte. Quando o réu não cumpre o ônus de impugnar especificamente os fatos constitutivos alegados pelo autor, surge incontrovérsia

L’ordinanza è soggetta alla disciplina delle ordinanze revocabili di cui agli articoli 177, primo e secondo comma, e 178, primo comma.” (ITÁLIA. Regio Decreto, 28 de outubro de 1940, n. 1443. *Codice di Procedura Civile*.)

**Art. 186-bis. (Ordinanza para pagamento de somas não contestadas)**

A requerimento da parte, o juiz de instrução pode determinar, até o momento final da instrução, o pagamento das somas não contestadas pelas partes constituídas. Se o pedido for proposto fora da audiência, o juiz determinará o comparecimento das partes e assinará os termos para sua notificação.

A *ordinanza* (decisão interlocutória) constitui título executivo e conserva sua eficácia em caso de extinção do processo.

A *ordinanza* (decisão interlocutória) está sujeita à disciplina das decisões revogáveis dos artigos 177, parágrafos primeiro e segundo, e 178, parágrafo primeiro. (tradução livre)

<sup>134</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Abuso de defesa e parte incontroversa da demanda*. 2.ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p.150-151.

<sup>135</sup> *Ibidem*, p.152-153.

<sup>136</sup> *Ibidem*, p.155-156.

<sup>137</sup> *Ibidem*, p.160-161.

sobre tais fatos. Se o juiz entender que dos fatos decorre o direito pretendido, a incontrovérsia passa ao plano do direito, fazendo surgir a primeira hipótese de aplicação da técnica antecipatória prevista no artigo 273, §6.º do CPC.

### 3.1.1.2 A técnica do reconhecimento jurídico parcial

A segunda hipótese em que a incontrovérsia parcial surge é aquela em que o réu reconhece parcialmente o pedido do autor. O reconhecimento jurídico do pedido não reside apenas no plano dos fatos. Aqui, não se trata da situação em que o réu admite a matéria fática deduzida pelo autor, mas daquela em que o réu reconhece o justo devido, na própria pretensão alegada pelo proponente da ação. Por isso, há que se distinguir o *reconhecimento jurídico do pedido* da *confissão*. Já se disse que a confissão atinge a matéria *fática*. O artigo 348 do CPC dispõe que “há confissão, quando a parte admite a verdade de um fato, contrário ao seu interesse e favorável ao adversário”.<sup>138</sup> Por isso, reitera-se aqui não se poder confundir confissão com reconhecimento jurídico do pedido, pois, neste último caso, o réu admite não apenas o fato, mas a própria pretensão do autor.

Leiam-se os ensinamentos de Ovídio Baptista a respeito do tema, ressaltando-se terem sido escritos antes da reforma de 2005, introduzida pela lei n.º 11.232:

Ocorre reconhecimento do pedido ou “reconhecimento da procedência do pedido”, como diz o art. 269, II, do CPC, quando o réu não se opõe à pretensão manifestada contra si pelo autor. Ao contrário da *confissão*, que é o reconhecimento da existência de alguns ou de todos os fatos que sirvam de fundamento à demanda, o *reconhecimento do pedido* não importa em qualquer admissão da veracidade dos fatos e pode até mesmo conter a expressa inconformidade do réu quanto à existência de tais fatos. Quem reconhece o pedido manifesta simplesmente a vontade de submeter-se ao pedido contra si formulado pelo autor, não contendo, portanto, tal ato processual a menor dose de manifestação de conhecimento, limitando-se, ao contrário, a uma pura manifestação de vontade.

O *reconhecimento do pedido*, ao contrário da confissão, importa na extinção do processo, pois, se o demandado não se opõe à pretensão do autor, nada mais cabe ao juiz do que homologar a manifestação de vontade e decretar a extinção do processo, decidindo o mérito da causa, segundo dispõe o art. 269 do CPC. Em verdade, estabelece este dispositivo que, havendo *reconhecimento do pedido*, o processo será extinto com *julgamento de mérito*. O que se quer significar com isto é que o conflito de interesses terá sido extinto pelo reconhecimento, de modo a impedir que ele se renove numa futura demanda.<sup>139</sup>

<sup>138</sup> BRASIL. Lei n.º 5.896 de 11 de janeiro de 1973. *Código de Processo Civil*.

<sup>139</sup> SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de Processo civil*: v.1. 6.ª ed. rev. e atual. de acordo com as leis 10.352, 10.358/2001 e 10.444/2002. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p.332.

Um ponto em que Ovídio Baptista toca no fragmento acima, e de vital importância, é o seguinte: está o juiz vinculado ao reconhecimento jurídico do pedido? Para a maior parte da doutrina que trata do assunto, sim. Para Luiz Guilherme Marinoni, no reconhecimento jurídico do pedido, reconhece-se o *direito*, o que vincula o juiz a encerrar o processo com resolução de mérito, em consonância com o disposto no artigo 269, II, CPC.<sup>140</sup> Transcreve-se, a seguir, o aludido dispositivo.

Art. 269. Haverá resolução de mérito:  
 I - quando o juiz acolher ou rejeitar o pedido do autor;  
**II - quando o réu reconhecer a procedência do pedido;**  
 III - quando as partes transigirem;  
 IV - quando o juiz pronunciar a decadência ou a prescrição;  
 V - quando o autor renunciar ao direito sobre que se funda a ação.<sup>141</sup>

Como se depreende da leitura do dispositivo, quando reconhece a procedência do pedido formulado pelo autor, o réu não apenas dispensa a comprovação da matéria de fato. Cessa a controvérsia sobre o direito, o que fará o juiz extinguir o processo, com resolução de mérito. Rogéria Dotti Doria, ao analisar a questão, também demonstra que a confissão e o reconhecimento jurídico do pedido são fenômenos diversos. O primeiro incide sobre fatos: o réu admite os fatos alegados que lhe são prejudiciais e que favorecem o autor, mas pode perfeitamente ocorrer de o juiz não entender que, de tais fatos, se possa chegar às consequências jurídicas pretendidas pelo autor. Por isso, a confissão não determina a procedência do pedido.<sup>142</sup> O reconhecimento jurídico do pedido tem outra natureza: vincula o juiz porque não se trata de mero reconhecimento da matéria de fato, mas de anuência, por parte do réu, ao pedido do autor, como se a ele o réu aderisse. O juiz se vê, neste caso, obrigado a encerrar o processo, com resolução de mérito, sem, entretanto, emitir seu próprio juízo sobre os fatos e sobre o direito, uma vez que, sobre eles, desapareceu a controvérsia.<sup>143</sup> Também é o entendimento de Jaqueline Mielke Silva<sup>144</sup> e de Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart. Optou-se por transcrever o ensinamento dos dois últimos processualistas citados. Tratando do reconhecimento jurídico do pedido, ensinam:

<sup>140</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Abuso de defesa e parte incontroversa da demanda*. 2.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p.172-173.

<sup>141</sup> BRASIL. Lei n.º 5.896 de 11 de janeiro de 1973. *Código de Processo Civil* (grifo nosso).

<sup>142</sup> DORIA, Rogéria Dotti. *A tutela antecipada em relação à parte incontroversa da demanda*. 2.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p.108.

<sup>143</sup> *Ibidem*, p.108-109.

<sup>144</sup> SILVA, Jaqueline Mielke. *Tutela de urgência: de Piero Calamandrei a Ovídio Baptista da Silva*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009, p.252-253.

Obviamente, essa figura só tem relevância no tratamento de direitos disponíveis, já que somente estes admitem a transação e, portanto, o reconhecimento jurídico da procedência do pedido. Quanto aos direitos indisponíveis, totalmente irrelevante será o reconhecimento, que não surtirá efeito.

Porém, tratando-se de direitos disponíveis, o reconhecimento jurídico do pedido redonda na vinculante constatação pelo magistrado da legitimidade da pretensão do autor. Existente o reconhecimento da procedência do pedido, cumpre ao juiz tão somente homologá-lo por sentença para que surta os efeitos legais.<sup>145</sup>

Também, na lição de ambos os autores, o reconhecimento jurídico do pedido opera no campo do direito material. Isso porque o conflito que é trazido à apreciação do Poder Judiciário resolve-se espontaneamente, pela própria vontade da parte que não opõe resistência à pretensão contrária. Por isso, entendem Marinoni e Arenhart que, salvo situações excepcionais como a dos direitos indisponíveis, o reconhecimento da procedência do pedido vincula o juiz “de forma absoluta”.<sup>146</sup>

No entanto, a análise feita até aqui levou em consideração apenas o reconhecimento jurídico total do pedido. Ora, como se sabe, o réu não é obrigado a reconhecer a pretensão do autor em sua totalidade. Pode perfeitamente ocorrer de o réu concordar com a formulação do autor parcialmente e desejar contestar a outra parte, que entende não ser justa. Assim, tem-se o *reconhecimento jurídico parcial* do pedido.

Ao tratar do tema, Rogéria Dotti Doria relembra que o reconhecimento do pedido, quando total, leva à extinção do processo com resolução de mérito, nos moldes do artigo 269, II, do CPC, já analisado. Se o reconhecimento jurídico do pedido é parcial, não é possível extinguir o processo parcialmente, razão pela qual ele deve continuar em curso. Porém, lembra a autora, nada justifica que o autor tenha de esperar para ver realizado o direito que o próprio réu já reconheceu: eis a razão pela qual a técnica antecipatória se aplicaria.<sup>147</sup> A doutrinadora argumenta, de forma bastante incisiva, que, diante de controvérsia, o tempo é um ônus que as partes devem suportar; mas na ausência dela, a demora na concessão da prestação jurisdicional é “inadmissível e odiosa. Insustentável cientificamente”.<sup>148</sup>

Do exposto até aqui, pode-se chegar a mais uma conclusão. Quando o réu reconhece parcialmente a pretensão formulada pelo autor, surge incontrovérsia sobre parcela do pedido.

<sup>145</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de processo civil*: v.2. 8.<sup>a</sup> ed. rev., atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p.131.

<sup>146</sup> *Ibidem*, p.324.

<sup>147</sup> DORIA, Rogéria Dotti. *A tutela antecipada em relação à parte incontroversa da demanda*. 2.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p.110-111.

<sup>148</sup> *Ibidem*, p.112.

Neste caso, o juiz se vincula a tal reconhecimento, fazendo surgir a segunda hipótese de aplicação da técnica antecipatória prevista no artigo 273, §6.º do CPC.<sup>149</sup>

Essas duas hipóteses apresentadas até aqui merecem um tratamento diverso em relação ao tema da preclusão lógica.<sup>150</sup> Aquele que realiza um ato processual não pode, posteriormente, querer realizar outro ato que seja incompatível com o primeiro: isso porque opera a preclusão lógica. Luiz Guilherme Marinoni analisa, nessas duas hipóteses de aplicação da técnica antecipatória prevista no artigo 273, §6.º do CPC, duas situações diferentes. Quando o autor não contesta parte da demanda, presumem-se verdadeiros os fatos não contestados; mas a incontrovérsia só atingirá o pedido caso dos fatos decorra o direito, como já se viu. Por isso, pode o autor perfeitamente discordar de que dos fatos decorra o direito. No caso do reconhecimento jurídico parcial, não. Uma vez reconhecida parte da pretensão do autor, o réu não poderá voltar atrás, razão pela qual ele não poderá recorrer da decisão que antecipa a tutela da parte reconhecida. No caso de não contestação, pode o réu recorrer quanto ao que não contestou, mas deverá suportar a tutela antecipatória em favor do autor. No caso do reconhecimento jurídico parcial, ele não pode recorrer sobre a parte que reconheceu.<sup>151</sup> Em entendimento diverso, Rogéria Dotti Doria entende que, no caso de não contestação, opera a preclusão temporal, e por isso não se deve admitir o recurso do réu contra a decisão que antecipa a tutela.<sup>152</sup>

### 3.1.2 O julgamento antecipado parcial da lide e outras hipóteses

Nosso sistema processual possibilita o julgamento antecipado da lide quando a matéria controvertida for unicamente de direito ou, sendo de fato e de direito, não houver necessidade de produção de prova em audiência. Também há a possibilidade de julgamento antecipado da lide quando ocorrer a revelia. É o que dispõe expressamente o artigo 330 do CPC. Leia-se:

---

<sup>149</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da tutela*. 11ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p.283-285.

<sup>150</sup> “Preclusão é a perda, extinção ou consumação de uma faculdade processual em função de terem-se alcançado os limites assinalados pela legislação ao seu exercício. A preclusão pode atingir as partes ou o juiz. A preclusão pode ser temporal (perda da faculdade processual em função do decurso de um prazo próprio sem o seu exercício), lógica (extinção da faculdade processual à vista da prática de um ato incompatível com aquele que se pretende realizar) ou consumativa (consumação da faculdade processual em face de seu já exercício).” (MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de processo civil comentado artigo por artigo*. 2.ed. rev. e atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p.206).

<sup>151</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Abuso de defesa e parte incontroversa da demanda*. 2.ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p.177.

<sup>152</sup> DORIA, Rogéria Dotti. *A tutela antecipada em relação à parte incontroversa da demanda*. 2.ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p.124.

Art. 330 - O juiz conhecerá diretamente do pedido, proferindo sentença:  
 I - quando a questão de mérito for unicamente de direito, ou, sendo de direito e de fato, não houver necessidade de produzir prova em audiência;  
 II - quando ocorrer a revelia (Art. 319).

Fredie Didier Jr. traz importante lição a respeito do tema. Para ele, o julgamento antecipado da lide é uma técnica que possibilita o abreviamento do processo. “É manifestação do princípio da adaptabilidade do procedimento, pois o magistrado, diante das peculiaridades da causa, *encurta* o procedimento, dispensando a realização de toda uma fase do processo”.<sup>153</sup>

Marinoni e Mitidiero alertam ao fato de que não se trata, propriamente, de julgamento *antecipado*. *Antecipado* é o que ocorre antes do momento devido. No caso, alegam os doutrinadores, o juiz julga a lide no momento *certo*, pois, não havendo necessidade de instrução dilatatória ou sendo a matéria controvertida unicamente de direito, não há sentido em adiar uma decisão – negando a prestação jurisdicional adequada, efetiva e tempestiva – sobre uma lide que já se encontra madura para o julgamento. Por isso, preferem falar em julgamento *imediate*.<sup>154</sup> É lição idêntica à de Alexandre Câmara, para quem “a denominação do instituto é criticável. Em primeiro lugar, este julgamento não é, propriamente, ‘antecipado’. O mérito está sendo apreciado por ser este o momento adequado”.<sup>155</sup>

É aqui que começa a haver divergência na doutrina quanto às hipóteses de aplicação do artigo 273, §6.º, do CPC. Parcela relevante da doutrina compreende o instituto da antecipação da tutela da parte incontroversa da demanda como um caso de julgamento antecipado (imediate) parcial. Para outra corrente, mais formalista, o artigo 330 do CPC só é aplicável na hipótese de julgamento imediate *total* da lide. Essa diferença de entendimento tem relevância, pois amplia as possibilidades de aplicação do §6.º do artigo 273 do CPC, além de compreendê-lo não exatamente como um dispositivo que trata de antecipação da tutela, mas justamente como um caso de julgamento imediate parcial da lide.<sup>156</sup> Por isso, passam-se a analisar, a partir de agora, outras hipóteses de aplicação da técnica antecipatória em casos de incontrovérsia parcial.

<sup>153</sup> DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*: v.1. 12.ª ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Editora JusPODIVM, 2010, p.528-529.

<sup>154</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de processo civil comentado artigo por artigo*. 2.ed. rev. e atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p.329-330.

<sup>155</sup> CÂMARA, Alexandre. *Lições de Direito Processual Civil*: v.1. 9.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p.358.

<sup>156</sup> MARINONI; MITIDIERO, *op. cit.*, p.330.

### 3.1.2.1 A técnica do julgamento antecipado pela ausência de necessidade de dilação probatória

Do que se disse até aqui, poder-se-ia imaginar que *incontroverso* é o pedido reconhecido ou não contestado. No entanto, Luiz Guilherme Marinoni alerta para o fato de que mesmo um pedido contestado pode tornar-se incontroverso ao longo da demanda. O réu pode contestar determinado pedido, mas, no curso do processo, em audiência preliminar, o juiz pode concluir pela desnecessidade de instrução dilatória sobre determinada parte da demanda, por considerar suficientes as provas documentais apresentadas até ali. Veja-se: caso o direito alegado possa ser comprovado unicamente por meio de prova documental, considerada suficiente para demonstrar a alegação de fato, e caso não haja nenhuma necessidade de prova pericial ou testemunhal, por exemplo, sobre os mesmos fatos, o juiz se convence da desnecessidade de dilação probatória sobre tal parcela da demanda. Assim, em audiência preliminar, o juiz deverá fixar os pontos que ainda exigem dilação probatória, e os que dispensam a instrução. Neste último caso, poderá (ou deverá – o tema será discutido posteriormente) antecipar a parcela incontroversa.<sup>157</sup>

Neste mesmo sentido, Jaqueline Mielke Silva faz remissão à doutrina de Paulo Afonso de Souza Sant'Anna, para quem a incontrovérsia surge também do fato de que um dos pedidos cumulados ou parcela de qualquer deles pode não mais necessitar de instrução probatória por já estar devidamente demonstrado nos autos.<sup>158</sup> Se é verdade que o sistema processual permite a cumulação de pedidos, e se é verdade que, diante de incontrovérsia, o julgamento imediato da lide deve ser realizado, a partir do momento em que cessa a controvérsia, porque as alegações de fatos já se encontram devidamente demonstradas nas provas colhidas, não faz sentido postergar a concessão da tutela, quando não há mais necessidade de instrução dilatória.

É por isso que Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Arenhart defendem com tanta veemência o julgamento imediato parcial da parcela que não mais necessita de dilação probatória. Leiam-se seus ensinamentos:

O novo §6.º, quando fala em pedido “incontroverso”, não está aludindo apenas ao reconhecimento jurídico parcial ou à não contestação. Quando a nova norma faz referência à incontrovérsia, ela deseja, evidentemente, conferir efetividade aos

---

<sup>157</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da tutela*. 11ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p.285-286.

<sup>158</sup> SILVA, Jaqueline Mielke. *Tutela de urgência: de Piero Calamandrei a Ovídio Baptista da Silva*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009, p.253-254.



direitos que podem ser evidenciados no curso do processo que ainda vai exigir tempo para elucidar a outra parcela (portanto não incontroversa) do litígio. Como agudamente observou José Rogério Cruz e Tucci, a matéria incontroversa pode resultar de prova inequívoca produzida com a petição inicial.<sup>159</sup>

A previsão de aplicação do instituto do artigo 273, §6.º, do CPC ante a ausência de necessidade de dilação probatória está em completo acordo com a visão de um processo justo, pautado pelos direitos fundamentais, sobretudo pelo direito fundamental à tutela adequada, efetiva e tempestiva dos direitos e à duração razoável do processo. Não é possível conceber que o autor deva esperar para ver realizado um direito sobre o qual não paira mais controvérsia, simplesmente porque ainda há outros pedidos ou parcela deles que ainda dependem de instrução. É por isso que se deve considerar uma de duas possibilidades: ou o juiz procede ao julgamento imediato da parcela incontroversa (nos moldes do art. 330 do CPC), para quem admite o julgamento parcial; ou o juiz aplica técnica antecipatória sobre a parcela incontroversa (na letra do art. 273, §6.º, do CPC). O que não se admite é que o autor seja obrigado a esperar, desnecessariamente, o curso do processo e a instrução sobre a parcela ainda controvertida.

No direito italiano, é possível encontrar um instituto similar ao nosso<sup>160</sup>, embora ele tenha, naquele ordenamento jurídico, aplicação mais restrita. O artigo 277 do *Codice di Procedura Civile* dispõe que o *Collegio* pode, caso entenda que em relação a parte da demanda não há necessidade de instrução ulterior, deferir imediatamente o pedido.<sup>161</sup> Também o artigo 278 do aludido código italiano prevê a possibilidade de, diante de condenação genérica, antecipar, a título de *provvisionale*, a concessão dos valores já provados devidos.<sup>162</sup> Como se vê, no direito italiano há duas situações em que ao autor pode ser

<sup>159</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de processo civil*: v.2. 8.ª ed. rev., atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p.235.

<sup>160</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Abuso de defesa e parte incontroversa da demanda*. 2.ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p.183.

<sup>161</sup> **Art. 277. (Pronuncia sul merito)**

Il collegio nel deliberare sul merito deve decidere tutte le domande proposte e le relative eccezioni, definendo il giudizio.

Tuttavia il collegio, anche quando il giudice istruttore gli ha rimesso la causa a norma dell'articolo 187 primo comma, può limitare la decisione ad alcune domande, se riconosce che per esse soltanto non sia necessaria un'ulteriore istruzione, e se la loro sollecita definizione è di interesse apprezzabile per la parte che ne ha fatto istanza. (ITÁLIA. Regio Decreto, 28 de outubro de 1940, n. 1443. *Codice di Procedura Civile*.)

**Art. 277. (Decisão de mérito)**

O *Collegio*, ao deliberar sobre o mérito, deve decidir todas as demandas propostas e as exceções correspondentes, resolvendo a lide.

Todavia, o *Collegio*, mesmo quando o juiz de instrução lhe houver remetido a causa em conformidade com a norma do artigo 187, parágrafo primeiro, pode limitar a decisão a algumas demandas, se reconhecer que, para tais demandas apenas, não seja necessária instrução posterior, e se a decisão acerca delas for de interesse fundamental para a parte que houver feito seu requerimento.

<sup>162</sup> **Art. 278. (Condanna generica. Provvisionale)**

concedida a tutela de forma antecipada diante do fim da incontrovérsia: ao se fixarem os pontos já suficientemente provados, que não exigem instrução dilatória ulterior; e ao se prolatar condenação genérica, quando parte do *quantum* a ser determinado em fase de liquidação já se encontra devidamente demonstrado como devido.

Voltando ao instituto nacional, quanto à possibilidade de recurso contra a decisão que antecipa a tutela em razão da cessação da incontrovérsia, Rogéria Dotti Dória busca dar um tratamento específico a esta situação.<sup>163</sup> Para a autora, opera preclusão temporal quando a tutela é antecipada em razão da não contestação de parte do pedido: o réu, por não cumprir o ônus da impugnação específica, perde a faculdade de fazê-lo em tempo posterior àquele em que deveria exercer tal faculdade. No caso de reconhecimento jurídico parcial, a doutrinadora defende, em consonância com a doutrina de Luiz Guilherme Marinoni, que opera preclusão lógica quando da antecipação da tutela: por ter reconhecido parcialmente a pretensão do autor, ato incompatível com o do recurso quanto a esta mesma parcela, o réu vê extinta tal faculdade processual. No caso de a antecipação se dar em um dos pedidos cumulados, ou parcela de qualquer deles, que se tornou incontroversa frente a outra, então não há conduta do réu que leve à incontrovérsia, e por isso o recurso se admite.<sup>164</sup>

### 3.1.2.2 Outras hipóteses

Resta então determinar os casos restantes, isto é, determinar se é possível a antecipação da tutela da parte incontroversa da demanda em outras situações que não essas três apresentadas. Recapitem-se tais situações. Viu-se que o pedido pode tornar-se incontroverso em três casos: diante da não contestação parcial; diante do reconhecimento jurídico parcial do pedido; ou mesmo diante de contestação, quando, no curso do processo, a

---

Quando è già accertata la sussistenza di un diritto, ma è ancora controversa la quantità della prestazione dovuta, il collegio, su istanza di parte, può limitarsi a pronunciare con sentenza la condanna generica alla prestazione, disponendo con ordinanza che il processo prosegua per la liquidazione.

In tal caso il collegio, con la stessa sentenza e sempre su istanza di parte, può altresì condannare il debitore al pagamento di una provvisionale, nei limiti della quantità per cui ritiene già raggiunta la prova. (ITÁLIA. Regio Decreto, 28 de outubro de 1940, n. 1443. *Codice di Procedura Civile*.)

**Art. 278. (Condenação genérica. Provisional)**

Quando já estiver provada a existência de um direito, mas ainda for controversa a quantidade da prestação devida, o *Collegio*, a requerimento da parte, pode limitar-se a decidir, em sentença, pela condenação genérica à prestação, determinando com *ordinanza* (decisão interlocutória) que o processo siga para a fase de liquidação.

Neste caso, o *Collegio*, com a mesma sentença e sempre a requerimento da parte, pode igualmente condenar o devedor ao pagamento de uma *provvisionale*, nos limites da quantidade já demonstrada pela prova. (tradução livre).

<sup>163</sup> DORIA, Rogéria Dotti. *A tutela antecipada em relação à parte incontroversa da demanda*. 2.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p.124.

<sup>164</sup> DORIA, *loc. cit.*

incontrovérsia cessa por não mais ser necessária dilação probatória quanto a parte da demanda. A doutrina que trata da matéria também alude às seguintes situações: à *confissão*, à *revelia*, à *renúncia parcial* e à *transação parcial*.

No caso da *confissão*, viu-se que ela opera tão somente no plano dos fatos. O artigo 348 do CPC dispõe que “há confissão, quando a parte admite a verdade de um fato, contrário ao seu interesse e favorável ao adversário”.<sup>165</sup> Já se disse também que o fato confessado, por tornar-se incontroverso, não implicará necessariamente a incontrovérsia do pedido. A consequência de um fato tornar-se incontroverso no processo é apenas a de que, sobre ele, não se requererá prova, conforme dispõe o artigo 334 do CPC.<sup>166</sup> Para que o pedido, ou parte dele, se torne incontroverso, é necessário que do fato incontroverso decorra a consequência pretendida pelo autor, o que será verificado pelo juiz. Assim, para Marinoni, os efeitos da não contestação podem ser equiparados aos efeitos da confissão, pois, em ambos os casos, dispensa-se o autor de provar os fatos considerados incontroversos.<sup>167</sup>

Outra situação é a da *revelia*. Já se viu que a revelia consiste basicamente na não apresentação de resposta, por parte do réu, à pretensão do autor, ou de sua não representação por advogado. Duas são as consequências mais relevantes da caracterização da revelia: a primeira está disposta no artigo 319, do CPC, que dispõe sobre a presunção (relativa) de veracidade dos *fatos* afirmados pelo autor; a segunda está disposta no artigo 330, II, do CPC, que determina o julgamento antecipado (imediato) da lide. Rogéria Dotti Doria alerta que a presunção de veracidade dos fatos em caso de não contestação não é a mesma que se verifica na revelia. No último caso, várias podem ser as situações que levam o réu a ser revel, sobretudo num país como o Brasil, de amplas desigualdades sociais e ausência de instrução educacional.<sup>168</sup> Fredie Didier Jr. doutrina no mesmo sentido, ao lembrar que os efeitos da revelia acabam sendo muito drásticos para o réu-revel. “Por isso, o legislador, a doutrina e a

<sup>165</sup> BRASIL. Lei n.º 5.896 de 11 de janeiro de 1973. *Código de Processo Civil*.

<sup>166</sup> Art. 334. Não dependem de prova os fatos:

I - notórios;

II - afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária;

III - admitidos, no processo, como **incontroversos**;

IV - em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade.

(*Ibidem*).

<sup>167</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de processo civil*: v.2. 8.ª ed. rev., atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p.242.

<sup>168</sup> DORIA, Rogéria Dotti. *A tutela antecipada em relação à parte incontroversa da demanda*. 2.ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p.95.

jurisprudência criaram mecanismos para temperar tais efeitos, mitigando o rigor no tratamento do réu contumaz.”<sup>169</sup>

Diferente, porém, seria a situação do réu que, comparecendo em juízo, opta por não contestar: neste caso, sim, pode-se igualar a presunção de veracidade àquela que se verifica da não impugnação de certos fatos na contestação.<sup>170</sup> Novamente: a consequência da caracterização da revelia não é a concessão do pedido antecipadamente, mas simplesmente o julgamento imediato da lide, com presunção relativa da veracidade dos fatos.<sup>171</sup>

A *renúncia* e a *transação* parciais operam no plano do direito, assim como o reconhecimento jurídico do pedido. O artigo 269 do CPC dispõe que há resolução de mérito quando as partes transigirem (art. 269, III, do CPC) e quando o autor renunciar ao direito sobre que se funda a ação (art. 269, V, do CPC). A renúncia é ato unilateral do autor, por meio do qual o autor desiste do pedido formulado: quando tal renúncia opera apenas sobre parte do pedido, cessa a controvérsia quanto a essa parcela. A transação, por sua vez, é negócio jurídico, ato jurídico bilateral por meio do qual as partes põem fim ao litígio ou o previnem mediante concessões mútuas: quando as partes transigirem sobre apenas parte do pedido, também cessará a controvérsia quanto a essa parcela. Como se vê, tanto a renúncia parcial quanto a transação parcial ocorrem no plano do direito, cessando a controvérsia quanto à parte que foi objeto de renúncia ou de transação. Evidentemente, ao que nos interessa, será aplicável a antecipação da tutela em caso de transação parcial. No caso de renúncia parcial, ato unilateral do autor, só seria lógico supor situações em que caiba a antecipação da tutela em caso de ações dúplices ou em caso de reconvenção, o que restringe sua aplicação, mas não impossibilita.

Do que se disse para as hipóteses ora em análise, eis a síntese: a confissão é equiparável à não contestação, ao dispensar prova sobre o fato confessado ou não contestado, e caberá a antecipação da tutela da parte incontroversa se, do fato confessado ou não contestado, decorrer a pretensão do autor; a transação parcial é equiparável ao

---

<sup>169</sup> As mitigações à eficácia da revelia apontadas pelo autor são as seguintes: *a confissão ficta não é efeito necessário da revelia*, pois, se não houver um mínimo de verossimilhança nas alegações do autor, os fatos não se presumirão verdadeiros; *a revelia não implica necessariamente vitória do autor*, pois pode ocorrer que, dos fatos alegados, não decorra o direito pretendido; *há matérias que, por sua relevância, podem ser alegadas mesmo após o prazo de defesa* (art. 303, CPC); *há proibição de alteração do pedido ou da causa de pedir, bem como de propor declaração incidente*; *há possibilidade de intervenção do réu-revel* no processo, caso em que receberá o processo no estado em que ele se encontrar; *há necessidade de intimação do réu-revel* que tenha advogado constituído nos autos; *há possibilidade de ação rescisória por erro de fato*; *há possibilidade de querela nullitatis*; *há peculiaridades em caso de revelia na reconvenção*. (DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*: v.1. 12.<sup>a</sup> ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Editora JusPODIVM, 2010, p.521-523.).

<sup>170</sup> DORIA, Rogéria Dotti. *A tutela antecipada em relação à parte incontroversa da demanda*. 2.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p.96-97.

<sup>171</sup> *Ibidem*, p. 104.

reconhecimento jurídico parcial, e caberá a antecipação da tutela da parte objeto da transação, portanto incontroversa. Disso decorre outra síntese, podendo ser consideradas as seguintes hipóteses de aplicação do artigo 273, §6.º, do CPC: *não contestação, confissão, reconhecimento jurídico parcial, transação parcial, renúncia parcial e suficiência probatória no curso do processo.*

Por fim, por se tratar de importante doutrina sobre o assunto, deixou-se para o final deste item a posição peculiar de Teori Zavascki em relação às hipóteses de pedido incontroverso. Zavascki questiona a ideia de que o pedido incontroverso seja aquele que não recebeu controvérsia, isto é, aquele sobre o qual não se fez a contestação. Vários exemplos dá o autor que levam a uma conclusão em sentido contrário: em se tratando de direitos indisponíveis, a ausência de controvérsia não necessariamente leva à manifestação da evidência do direito; ainda, pode-se dar o caso em que, embora o demandado não haja controvertido sobre determinado ponto, o pedido seja, manifestamente, improcedente. Por isso, conclui Zavascki, pedido incontroverso não é sinônimo de pedido *indiscutido*, mas pedido *indiscutível*, e qualquer incontrovérsia deve levar em conta mais do que simplesmente a ausência de controvérsia entre as partes, mas a verossimilhança e a evidência, para o juiz, do próprio direito.<sup>172</sup>

Zavascki vai além, lembrando que a incontrovérsia não pode se referir apenas às questões de mérito. Por vezes, o mérito pode não ser contestado, mas há impedimentos de ordem processual ao pedido (litispendência, coisa julgada...). Para o jurista, há mais uma condição para que o pedido possa ser considerado controvertido: não basta a contestação; é necessária, ainda, a contestação séria. A ausência de seriedade ou de razoabilidade na contestação, que deve ser medida por meio de critérios objetivos dados pelo legislador, deve levar à mesma conclusão: pedido mal contestado, contestado de forma não séria ou irrazoável não pode ser considerado controvertido.<sup>173</sup> Em suma, pedido incontroverso é aquele que não é contestado seriamente; que é verossímil; e cujo atendimento não está subordinado a nenhuma questão prejudicial.<sup>174</sup>

---

<sup>172</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*. 7ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.110-111.

<sup>173</sup> *Ibidem*, p.111-112.

<sup>174</sup> *Ibidem*, p.112.

## 3.2 A NATUREZA DA DECISÃO QUE ANTECIPA A TUTELA NAS HIPÓTESES DO ARTIGO 273, §6º, DO CPC

### 3.2.1 Cisão do julgamento e definitividade da decisão

O processo civil clássico se assentou sobre alguns mitos já mencionados, como o da ordinariade e o da neutralidade do processo. Neste momento, é necessário que se aborde mais um desses princípios que há muito são tidos como inquestionáveis, mas que se mostram incompatíveis com a subordinação do processo civil ao ordenamento constitucional e aos direitos fundamentais. Trata-se do *princípio da unidade e da unicidade da sentença*, elaborado por Giuseppe Chiovenda. Para o emérito processualista italiano, a sentença é uma e única, no sentido de que não admite fracionamento e de que toda a matéria de mérito deve ser enfrentada de uma única vez, em um único ato decisório.

Por isso, algumas questões se impõem ante a possibilidade oferecida pelo art. 273, §6.º, do CPC, de se antecipar a tutela quando parte do pedido não mais requer instrução dilatória. Se a sentença é uma e única, qual a natureza da decisão que antecipa a tutela da parte incontroversa da demanda? É possível, em nosso sistema, falar-se em sentença parcial de mérito? A decisão, neste caso, será provisória ou definitiva? Forma-se em torno dela a coisa julgada material? Como se verá, tais questionamentos, mais do que simples problemas teóricos, têm para a parte autora profundos efeitos práticos.

#### 3.2.1.1 Sentença parcial de mérito e decisão interlocutória

O Código de Processo Civil de 1973, até o ciclo de reformas processuais das décadas de 1990 e 2000, entendia a sentença como “o ato pelo qual o juiz põe termo ao processo, decidindo ou não o mérito da causa”.<sup>175</sup> O critério para definir o ato decisório do juiz como sentença residia, portanto, no momento em que ele se desse. Segundo Marinoni e Mitidiero, tal conceito de sentença pressupunha a separação entre as atividades de cognição e de execução por parte do juiz. Ao terminar o processo de conhecimento, o juiz proferia sentença; ao terminar o processo de execução, o juiz também proferia sentença. Com as reformas introduzidas pelas leis 8.952/1994, 10.444/2002 e 11.232/2005, atenuou-se a necessidade de

---

<sup>175</sup> BRASIL. Lei n.º 5.896 de 11 de janeiro de 1973. *Código de Processo Civil*.

dois processos autônomos para a concessão da tutela jurisdicional, introduzindo aquilo que a doutrina processual vem denominando *processo misto* ou *sincretico*.<sup>176</sup>

O conceito de sentença passou a ser reformulado pela nova redação artigo 162, §1.º, do CPC, que dispõe ser a sentença “o ato do juiz que implica alguma das situações previstas nos artigos 267 e 269” do CPC.<sup>177</sup> Por sua vez, os artigos 267 e 269, referidos no conceito de sentença, dispõem sobre duas situações distintas: a primeira é aquela em que se extingue o processo, sem resolução de mérito (art. 267, do CPC); a segunda, que nos interessa em particular, dispõe sobre as situações em que haverá resolução de mérito. Leia-se o dispositivo:

Art. 269. Haverá resolução de mérito:

I - quando o juiz acolher ou rejeitar o pedido do autor;

II - quando o réu reconhecer a procedência do pedido;

III - quando as partes transigirem;

IV - quando o juiz pronunciar a decadência ou a prescrição;

V - quando o autor renunciar ao direito sobre que se funda a ação.<sup>178</sup>

Como se vê, a nova redação do artigo 162, §1.º, do CPC, em leitura combinada à do artigo 269 do mesmo diploma, não exige mais que se ponha termo ao processo para que seja prolatado ato decisório definido como *sentença*. Se houver resolução de mérito, ainda que o processo tenha de continuar para efetivação da tutela, está-se a falar de *sentença*.<sup>179</sup> Por isso, em caso de sentenças autossuficientes (sentença declaratória e sentença constitutiva), o processo de fato terá seu termo. Mas em caso de sentenças não autossuficientes (sentença condenatória, sentença mandamental e sentença executiva *lato sensu*), será ainda necessário que o processo prossiga, em fase de cumprimento de sentença, para que o direito seja efetivamente tutelado.

Por sua vez, o §2.º do artigo 162 do CPC define como decisão interlocutória “o ato pelo qual o juiz, no curso do processo, resolve questão incidente”.<sup>180</sup> Marinoni e Arenhart alertam para o fato de que o conceito de decisão interlocutória não exclui o conceito de mérito, podendo perfeitamente ocorrer de haver decisões interlocutórias que decidam o mérito da questão.<sup>181</sup> E defendem, ainda, que a sentença só seja entendida como aquela decisão que

<sup>176</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de processo civil comentado artigo por artigo*. 2.ed. rev. e atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p.195.

<sup>177</sup> BRASIL. Lei n.º 5.896 de 11 de janeiro de 1973. *Código de Processo Civil*.

<sup>178</sup> *Ibidem*.

<sup>179</sup> MARINONI; MITIDIERO, *op. cit.*, p.195.

<sup>180</sup> BRASIL. Lei n.º 5.896 de 11 de janeiro de 1973. *Código de Processo Civil*.

<sup>181</sup> Em sentido contrário: MITIDIERO, Daniel Francisco. *Direito fundamental ao julgamento definitivo da parcela incontroversa: uma proposta de compreensão do art.273, §6.º, CPC, na perspectiva do direito fundamental a um processo sem dilações indevidas* (art. 5º, LXXVIII, CF/88). Revista de Processo, São Paulo, v.32, n.149, p.115, jul. 2007.

extinga o processo ou aquela que encerre a fase de conhecimento, não se admitindo falar em sentença quando, no curso do processo, se julga alguma questão relacionada ao mérito.<sup>182</sup>

Como se vê, para tais autores, não basta a avaliação do mérito para que um determinado ato seja qualificado como sentença.<sup>183</sup> Há parte da doutrina, entretanto, que discute, a partir do novo conceito, se nosso sistema processual passou ou não a admitir as denominadas *sentenças parciais de mérito*.<sup>184</sup>

Ovídio Baptista, antes mesmo da reforma de 2005, definia sentença como o “ato pelo qual o juiz ‘diz o direito’, pondo fim ao procedimento, ou pelo menos encerrando a controvérsia a respeito de uma das ações cumuladas, embora o procedimento continue para tratamento da porção da lide não apreciada pela sentença parcial”.<sup>185</sup> É exatamente partindo desse conceito que o visionário processualista conclui não poder existir *sentença provisória*, pois a característica essencial de qualquer sentença seria sua definitividade. Daí que o autor opõe dois conceitos que a doutrina majoritária parece não compreender. Se toda sentença é definitiva, o conceito que se opõe ao que a doutrina clássica denomina sentença definitiva não seria o de sentença provisória, mas o de *sentença parcial*.<sup>186</sup> A sentença parcial também se manifestaria sobre o *meritum causae*, trazendo a mesma marca essencial de definitividade da denominada *sentença definitiva*, porém sem pôr fim ao procedimento, devendo ele continuar para apreciação das demais questões de mérito envolvidas no processo. No entanto, em relação à matéria já decidida, já pronunciada, a *sentença parcial* marca-se pela definitividade.<sup>187</sup>

Também este é o alvitre de Daniel Mitidiero, segundo quem “a decisão que resolve de maneira fracionada o mérito da causa deve ser classificada como sentença parcial de

<sup>182</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de processo civil*: v.2. 8.<sup>a</sup> ed. rev., atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p.412.

<sup>183</sup> Também é o entendimento de Fredie Didier Jr. Leia-se: “Após essa alteração legislativa, é preciso compreender a sentença como o ato que encerra o procedimento na fase de conhecimento/execução e em primeira instância. O encerramento do procedimento fundar-se-á ora no art. 267, ora no art. 269 do CPC”. (DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*: v.1. 12.<sup>a</sup> ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Editora JusPODIVM, 2010, p.548).

<sup>184</sup> Deveras interessante o entendimento de Bruno Silveira de Oliveira, que acusa a doutrina nacional de, ao negar a possibilidade de sentenças parciais temendo verdadeira desordem do sistema recursal, acabar por criar a “interlocutória faz de conta”: leem o artigo 162, §1.º, do CPC, como se ali não estivesse escrito o que está, como se ali não estivessem definidas (por remissão) quais matérias são objeto de sentença e quais não são. (OLIVEIRA, Bruno Silveira de. *A 'interlocutória faz de conta' e o 'recurso ornitorrinco'* (ensaio sobre a sentença parcial e sobre o recurso dela cabível). *Revista de Processo*, São Paulo, v.37, n.203, p.82-83, jan.2012.) Entendemos importante o registro de tal opinião, embora dela não comunguemos em plenitude.

<sup>185</sup> SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Da sentença liminar à nulidade da sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p.20.

<sup>186</sup> *Ibidem*, p.20-21.

<sup>187</sup> *Ibidem*, p.21.



mérito”.<sup>188</sup> O processualista compartilha do entendimento de Ovídio Baptista sobre o fato de a sentença parcial ser marcada pela definitividade, embora o processo tenha de prosseguir para apreciação daquela parcela que ainda se encontra controvertida no feito.

Ressaltamos, ainda, que há outros importantes entendimentos no sentido de tratar-se de *sentença parcial*. Além dos já apresentados, Jaqueline Mielke Silva, por exemplo, posiciona-se no sentido de que o provimento que antecipa a tutela da parcela incontroversa consiste em *resolução de mérito*, evidentemente parcial, visto que em relação à parte controvertida o procedimento segue seu curso. Por isso, frente ao novo conceito de sentença do artigo 162, §1º, combinado com os artigos 267 e 269, CPC, não há por que razão considerar tal decisão como decisão interlocutória, visto que enfrenta, de modo definitivo, o mérito, ainda que parcialmente.<sup>189</sup> Como se vê, a autora parte da premissa de que a resolução de mérito só se dá em sentença, premissa esta que, *data venia*, não está sendo seguida aqui.

Cândido Dinamarco chega a lamentar a opção do legislador de 2002, que poderia ter escolhido a via do julgamento antecipado parcial, mas que preferiu optar pela manutenção da unidade e da unicidade da sentença em nosso sistema processual. Optou-se aqui por transcrever a clareza e a inspiração de seus ensinamentos.

Que pena! O legislador não quis ousar mais, a ponto de autorizar nesses casos um parcial julgamento antecipado do mérito (art. 330, inc. I), como fazem os artigos 277, 2.ª parte, e 278, do *codice* italiano. A rigidez do procedimento brasileiro, no qual o mérito deve ser julgado em sentença e a sentença será sempre uma só no processo (art. 459, c/c art/ 269, inc. I, e art. 162, §1.º), é somente um dogma estabelecido no direito positivo, que bem valia a pena desmitificar; as duas Reformas do Código de Processo Civil vêm proclamando a conveniência de agilizar o processo com medidas pragmáticas e vêm debelando vários dogmas, o que deveria ter conduzido a uma solução mais eficaz e menos tímida que essa do novo §6.º do art. 273.<sup>190</sup>

Caso se admita a existência de sentenças parciais, então o conceito de sentença passa a vir atrelado ao de mérito; ao passo que o conceito de decisão interlocutória passa a abarcar todo ato em que o juiz decida, mas não avalie o mérito da causa. Para Marinoni e Arenhart, o fato de se avaliar ou não o mérito é irrelevante, pois, ao longo de nossa tradição processual, sempre se entendeu que a tutela antecipada, proferida antes do final do processo de conhecimento, fosse decisão interlocutória, ainda que enfrentasse claramente a mesma

<sup>188</sup> MITIDIERO, Daniel Francisco. *Sentenças parciais de mérito e resolução definitiva fracionada da causa*: lendo um ensaio de Fredie Didier Júnior. *Gênesis Revista de Direito Processual Civil*, Curitiba, n.31, (jan./mar. 2004), p.26.

<sup>189</sup> SILVA, Jaqueline Mielke. *Tutela de urgência*: de Piero Calamandrei a Ovídio Baptista da Silva. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009, p.257.

<sup>190</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma da reforma*. 3.ªed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2002.

questão de mérito a ser avaliada ao final, porém, antecipadamente, com base em juízo de verossimilhança, e com base em cognição sumária.

O problema, porém, ganha relevância peculiar em se tratando do instituto previsto no artigo 273, §6.º, pois, nesta situação, ocorre, ainda que parcialmente, uma das situações previstas no artigo 269, do CPC. Afinal, quando o juiz acolhe parcialmente o pedido do autor, quando o réu reconhece parcialmente a procedência do pedido, ou quando as partes transigem parcialmente, então há resolução de mérito, ainda que parcial. Mas o mérito com certeza estará resolvido quanto a essa parcela incontroversa. Daí alguns autores reconhecerem que, as reformas processuais de 2002 e de 2005, acabaram por admitir em nosso sistema as sentenças parciais.<sup>191</sup>

Preferimos seguir a corrente de Luiz Guilherme Marinoni, para quem a decisão que antecipa a tutela da parte incontroversa da demanda deve ser tratada como decisão interlocutória, ainda que aprecie o mérito de forma definitiva. Como se viu, o posicionamento do autor se dá no sentido de que o conceito de sentença deve estar atrelado ou à extinção do processo (sentenças terminativas do artigo 267 do CPC) ou ao encerramento da fase de conhecimento (sentenças definitivas do artigo 269 do CPC). Pensar num sistema processual em que a sentença julgue o mérito e a decisão interlocutória julgue as demais questões processuais não parece adequado em nossa nova sistemática processual, porque não há nenhum impedimento de ordem prática a se avaliar o mérito em decisão interlocutória: a própria análise da tutela antecipatória é uma análise do mérito, mas que não tem por efeito extinguir o processo, dada a provisoriedade da decisão.<sup>192</sup>

Tal entendimento também é comungado por Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira. Para eles, um ato não pode ser definido como sentença apenas por seu conteúdo, devendo o ato decisório denominado *sentença* encerrar necessariamente uma das etapas do procedimento, seja o de cognição, seja o de execução, em primeira instância.<sup>193</sup> Os autores exemplificam várias situações em que ocorre uma das situações dos

---

<sup>191</sup> Neste sentido, a doutrina de Fabio Milman, que ensina: “Como, em caso como estes admitir esteja a *antecipar tutela* se tal instituto tem, dentre suas características, a da provisoriedade (art. 273, §4.º, do CPC)? Quando o réu reconhece a procedência de um ou alguns, mas não de todos os pedidos, tornando-o(s) incontroverso(s), haverá sentença parcial com resolução de mérito (art. 269, II, do CPC), exigível imediata e definitivamente a prestação de satisfação do que reconhecido em sede de cumprimento com caráter definitivo, segundo o feito para a solução das demais lides não compostas.” (MILMAN, Fábio. *O novo conceito legal de sentença e suas repercussões recursais*: primeiras experiências com a apelação por instrumento. Revista de processo. São Paulo: Editora Afiliada, v.32, n. 150, ago. 2007, p.162.).

<sup>192</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Abuso de defesa e parte incontroversa da demanda*. 2.ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p.218-219.

<sup>193</sup> DIDIER JR., Fredie *et al.* Curso de Direito Processual Civil: v.2. 8.ª ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Editora JusPODIVM, 2013, p.312-314.

artigos 267 e 269 do CPC, sem que, entretanto, o ato seja definido como sentença. Quando o juiz declara a ilegitimidade de um dos litisconsortes, ou a decadência de um dos pedidos cumulados, recai-se em uma das situações de extinção do processo sem resolução de mérito, e ainda assim se trata de decisão interlocutória.<sup>194</sup>

Exatamente por isso, entendeu-se, neste trabalho, que não é a nomenclatura o ponto mais relevante no que toca à decisão que concede a tutela da parte incontroversa da demanda. Tratar-se de *sentença* ou de *decisão interlocutória* só determinará, a rigor, a espécie de recurso a que desafiará a decisão. O ponto importante, e isso parece aceito de forma generalizada pela doutrina, é que há *resolução de mérito parcial*: se o ato decisório será classificado como sentença ou como decisão interlocutória importará mais para a lógica do sistema recursal. Assim, o ponto principal no estudo da natureza desta decisão reside em outras questões: se a decisão está fundada em cognição sumária ou exauriente, e se é formada ou não a coisa julgada material. Isto porque não há, em nosso sistema processual, nenhuma associação necessária entre discussão de mérito e natureza da decisão. Como o processo prossegue, na instância primária, em relação à parte controvertida, não há que se falar em sentença, pois esta deve encerrar uma das etapas do procedimento. É decisão, portanto, que avalia o mérito, ainda que parcialmente, mas que não encerra nenhuma fase processual, sendo, por isso, entendida como decisão interlocutória. É como entende a doutrina majoritária.<sup>195</sup>

Entendemos ser importante trazer outras opiniões notáveis. Alcides Munhoz da Cunha defende a existência de *sentenças interlocutórias*: *sentenças*, porque tratam das matérias previstas nos artigos 267 e 269 do CPC; *interlocutórias*, porque o procedimento continua em relação à outra parte da demanda, ainda não decidida.<sup>196</sup>

Para finalizar este tópico, uma ressalva merece ser feita. Conforme se detalhará em análise posterior, a principal razão alegada pela doutrina para a distinção dos atos decisórios

<sup>194</sup> DIDIER JR., Fredie *et al.* Curso de Direito Processual Civil: v.2. 8.<sup>a</sup> ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Editora JusPODIVM, 2013, p.312-314.

<sup>195</sup> Assim, MARINONI, Luiz Guilherme. *Abuso de defesa e parte incontroversa da demanda*. 2.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 219; DIDIER JR., Fredie *et al.* Curso de Direito Processual Civil: v.2. 8.<sup>a</sup> ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Editora JusPODIVM, 2013, p.591; ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*. 7.<sup>a</sup> Ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.123; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada*: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização). 5.<sup>a</sup> ed., rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2009, p.362; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de processo civil comentado artigo por artigo*. 2.ed. rev. e atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p.277.

<sup>196</sup> “Certamente, a alteração do conceito de sentença não deve ter ocorrido apenas para eliminar a impropriedade em face das ações sincréticas. É perfeitamente lícito supor que a alteração foi mais substancial, para admitir, paralelamente às sentenças de mérito finais – que potencialmente põem fim ao ciclo da cognição principal ou ideal em dado processo –, as sentenças interlocutórias – que interinamente resolvem parte do mérito principal, sem pôr fim à atividade cognitiva, cujo ciclo deve subsistir para o julgamento do mérito remanescente, no mesmo regime cognitivo.” (CUNHA, Alcides Alberto Munhoz da. *Sentenças interlocutórias desafiando apelação*. Revista de Processo, São Paulo, v. 35, n. 185, p. 217-218, jul.2010.)

em sentenças ou decisões interlocutórias está na organização do sistema recursal, já que as sentenças são atacadas pelo recurso de apelação, ao passo que as decisões interlocutórias se atacam pelo recurso de agravo. Neste ponto, independentemente do recurso que a decisão desafiará, o importante é destacar que, sentença ou decisão interlocutória, a decisão que concede a antecipação da tutela com base no artigo 273, §6.º, do CPC é *definitiva*, sujeita que está a um juízo de cognição exauriente, e portanto estará amparada pela estabilidade da coisa julgada material. É o que se passa a analisar.

### 3.2.1.2 A formação da coisa julgada material

O conceito de coisa julgada é, reconhecidamente, um dos mais controversos na doutrina processual civil, talvez pela importância nuclear que a coisa julgada assume no universo jurídico. O Código de Processo Civil conceitua a coisa julgada, em seu artigo 467, como “a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário e extraordinário”.<sup>197</sup> Não cabe nos objetivos deste trabalho uma análise mais pormenorizada deste conceito, mas adotaremos aqui a visão de Ovídio Baptista, que muito bem compreendeu, refinando os ensinamentos de Liebman, que a coisa julgada é uma *qualidade* que se agrega ao conteúdo declaratório da decisão de mérito transitada em julgado.<sup>198</sup> Desta forma, a coisa julgada é uma proteção que reveste o dispositivo de uma decisão, tornando-o imutável e indiscutível, com a finalidade de ressaltar de decisões futuras algo que já foi decidido. A finalidade da formação da coisa julgada, vê-se bem, é pragmática, porque ela impede a discussão *ad aeternum* acerca de determinada matéria.

A coisa julgada, ressalte-se, está intimamente ligada à noção de definitividade de uma decisão, e uma decisão torna-se definitiva quando sobre ela não cabe nova apreciação. A doutrina tradicional, a partir do conceito, faz uma distinção entre coisa julgada material, relacionada à indiscutibilidade e à imutabilidade de uma dada decisão, e coisa julgada formal, relacionada à preclusão temporal máxima no processo.<sup>199</sup> Da forma como redigiu o artigo 467 do CPC, o legislador parece sugerir que a coisa julgada formal é pressuposto para a coisa julgada material, pois é o fato de não estar mais sujeita a recurso ordinário e extraordinário que fará a decisão imutável e indiscutível. Apesar de o assunto render belas discussões na

---

<sup>197</sup> BRASIL. Lei n.º 5.896 de 11 de janeiro de 1973. *Código de Processo Civil*.

<sup>198</sup> SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de Processo civil*: v.1. 6.ª ed. rev. e atual. de acordo com as leis 10.352, 10.358/2001 e 10.444/2002. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p.493.

<sup>199</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de processo civil comentado artigo por artigo*. 2.ed. rev. e atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p.446.

doutrina, não nos estenderemos muito no tópico, e passamos a considerar a coisa julgada dita material como a que nos interessa para este estudo.<sup>200</sup>

Ora, como vimos, é o enfrentamento definitivo do mérito da causa que permite a formação da coisa julgada, e a *definitividade* opõe-se à *provisoriedade*. É também evidente que as decisões ditas liminares, fundadas em juízo de verossimilhança, com base em cognição sumária, não podem ser revestidas de definitividade. Se o juízo é de verossimilhança, e se o juiz ainda pode se aprofundar no conhecimento das provas, sua convicção pode ser alterada. Daí a consequência lógica de que a tutela antecipada, fundada em juízo de verossimilhança, pode ser facilmente revogada, conforme o disposto no parágrafo 4.º do artigo 273 do CPC que dispõe que “a tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada”.<sup>201</sup> Se a característica marcante da tutela antecipada é sua provisoriedade, então, com efeito, nada impede que tal decisão seja revogada caso o juiz entenda não estarem mais presentes os pressupostos segundo os quais fundou a decisão que concedeu a tutela antecipada.

A discussão que se impõe em nosso caso é: está a decisão que concede a tutela da parte incontroversa protegida pela coisa julgada, por ser definitiva, ou, ao revés, ela pode ser revogada, por ser provisória? Não há como responder a essa questão sem que se avalie a cognição empregada pelo juiz ao conceder a tutela da parte incontroversa da demanda. Vimos na primeira parte deste estudo que a cognição, no plano vertical, pode ser *superficial* (*sumária*) ou *exauriente*, o que dependerá da profundidade do conhecimento das questões que o juiz terá de ter para poder decidir. Quando decide com base na verossimilhança, na probabilidade, isto é, com base em cognição sumária, o juiz só pode decidir provisoriamente, pois o aprofundamento da cognição pode revelar equívoco na decisão. Porém, no caso do desaparecimento da controvérsia, não haverá mais necessidade de produção de provas quanto a esta parcela da demanda. Desta forma, ao decidir pela concessão da tutela da parte incontroversa, o juiz não está fundado em juízo de probabilidade, ou de verossimilhança: verificada a incontrovérsia, e aplicável a consequência jurídica alegada pelo autor, o juiz decidirá com base em *cognição exauriente*, o que determinará a definitividade da decisão.<sup>202</sup>

<sup>200</sup> A este propósito, registrem-se também os ensinamentos de Fredie Didier Jr., para quem “a *coisa julgada formal* é a imutabilidade da decisão judicial dentro do processo em que foi proferida, porquanto não possa mais ser impugnada por recurso. (...) Seria a preclusão máxima dentro de um processo jurisdicional. Também chamada de ‘trânsito em julgado’”. O mesmo autor define a *coisa julgada material* como “a indiscutibilidade da decisão judicial no processo em que foi produzida e em qualquer outro” (DIDIER JR., Fredie *et al.* Curso de Direito Processual Civil: v.2. 8.ª ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Editora JusPODIVM, 2013, p.468-469.).

<sup>201</sup> BRASIL. Lei n.º 5.896 de 11 de janeiro de 1973. *Código de Processo Civil*.

<sup>202</sup> Neste sentido, SILVA, Jaqueline Mielke. *Tutela de urgência*: de Piero Calamandrei a Ovídio Baptista da Silva. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009, p.257; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz.

Rogéria Dotti Doria, por exemplo, entende que a cognição não é sumária no caso da decisão que antecipa um dos pedidos cumulados, quando ele se mostra incontroverso. Baseia-se no argumento de que, se não há mais necessidade de instrução dilatatória, não há falar em aprofundar a cognição no curso do processo, pois ela já se exauriu; não há falar em cognição sumária, pois ela não se aprofundará. O que ocorre no caso em estudo é que um dos pedidos, ou parcela de qualquer deles, já está pronto para ser julgado de modo definitivo, e isso só não é feito isso porque o sistema não permite o julgamento parcial. É justamente por isso que a cognição exauriente tem aptidão para a formação da coisa julgada material: se a cognição não se aprofundará, o juiz já esgotou o conhecimento sobre a parcela decidida, não se podendo falar em revogação da decisão.<sup>203</sup>

Também neste sentido advoga Daniel Mitidiero, cuja lição sobre o ponto merece transcrição, tamanha sua clareza de entendimento:

Dessarte, caracterizando-se o direito a um processo com duração razoável como um direito a um processo sem dilações indevidas, resta claro que qualquer ato processual posterior à incontrovérsia fáctico-jurídica constitui uma dilação indevida no curso da causa, sendo, pois, desautorizado pela nossa Constituição. Com efeito, se a incontrovérsia denota um juízo de certeza (e, portanto, tomado sob cognição exauriente), não há como sustentar, na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais (que é precisamente a perspectiva do Estado Constitucional), que o art. 273, §6º, CPC, dá azo a uma simples antecipação (provisória) dos efeitos da sentença. De modo nenhum. Rigorosamente, o art. 273, §6º, CPC, tem de ser interpretado em conformidade com o direito fundamental a um processo com duração razoável. Daí deflui naturalmente a sua impositação como um julgamento definitivo da parcela incontroversa da demanda, já que o submeter a um novo reexame pelo juiz da causa no quando da apreciação ulterior da parcela controversa significa, praticamente, permitir a prática de atos processuais completamente despiciendos, porquanto já convencido o julgador, à força da incontrovérsia, da sorte a ser imprimida à parte da contenda.<sup>204</sup>

Comungando dos entendimentos anteriores, ao analisar os pressupostos necessários para que certa decisão judicial fique imune pela coisa julgada material, Fredie Didier Jr. enumera os seguintes: a decisão deve ser *jurisdicional*, pois apenas esse tipo de ato estatal pode ter a característica exclusiva da coisa julgada; o provimento deve *resolver o mérito*

---

*Curso de processo civil*: v.2. 8.ª ed. rev., atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p.236; MITIDIERO, Daniel. *Antecipação da tutela*: da tutela cautelar à técnica antecipatória. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p.136-137; DORIA, Rogéria Dotti. *A tutela antecipada em relação à parte incontroversa da demanda*. 2.ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p.121; DIDIER JR., Fredie *et al.* *Curso de Direito Processual Civil*: v.2. 8.ª ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Editora JusPODIVM, 2013, p.587; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *O §6.º do art. 273 do CPC*: Tutela antecipada parcial ou julgamento antecipado parcial da lide? *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Dialética, 2003. n.1, p.122.

<sup>203</sup> DORIA, Rogéria Dotti. *A tutela antecipada em relação à parte incontroversa da demanda*. 2.ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p.122.

<sup>204</sup> MITIDIERO, Daniel. *Processo civil e Estado Constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p.47-48.

(objeto litigioso) da causa; a análise do mérito deve ser feita com base em *cognição exauriente*; deve haver a *preclusão máxima* (coisa julgada formal).<sup>205</sup> Pois bem, como se nota, no caso da parcela incontroversa da demanda estão presentes todos os pressupostos para a formação da coisa julgada material. A decisão que concede a tutela da parcela incontroversa da demanda é ato *jurisdicional; resolve (parcialmente) o mérito*; é tomada com base em *cognição exauriente*. Portanto, uma vez precluso o direito ao recurso, a decisão fica protegida pela coisa julgada material.

Em sentido contrário, Teori Zavascki argumenta que a admissão da sentença parcial de mérito teria sido a solução ideal a ser adotada pelo legislador, o que possibilitaria a concessão, em relação à parte incontroversa, de tutela definitiva, por meio da cisão do julgamento. Não tendo sido essa sua opção, o jurista defende que convém tratá-la como as demais: antecipam-se os efeitos executivos relativos à parte incontroversa (eficácia social), mas não a eficácia jurídico-formal: apenas antecipam-se os efeitos no mundo fático decorrentes da sentença de mérito definitiva pretendida em relação a tal parcela. Assim, para Zavascki, a tutela da parte incontroversa só pode ser concedida “a requerimento da parte” (art. 273, *caput*); o juiz deve motivar a decisão (art. 273, §1.º); e poderá ser revogada a qualquer momento (art. 273, §4.º); e terá caráter provisório até que se prolate a sentença definitiva (art. 273, §5.º).<sup>206</sup>

Em que pese seu notável conhecimento jurídico, não podemos concordar com Zavascki em relação a este ponto.<sup>207</sup> Preferimos nos posicionar, portanto, junto aos autores que entendem pela definitividade da decisão, fundada que está em cognição exauriente. Revesti-la de provisoriedade seria violar o direito fundamental ao processo justo, ao processo sem dilações indevidas. Por que deveria o autor esperar para ver-se amparado pela proteção e estabilidade da coisa julgada quando a cognição judicial sobre a parcela decidida não mais se aprofundará?

É por isso que há tantas críticas na doutrina em relação a ser o §6.º do artigo 273 uma das hipóteses de aplicação de técnica antecipatória.<sup>208</sup> A característica básica da tutela

<sup>205</sup> DIDIER JR., Fredie *et al.* Curso de Direito Processual Civil: v.2. 8.ª ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Editora JusPODIVM, 2013, p.470.

<sup>206</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*. 7ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.112-113.

<sup>207</sup> Com o mesmo entendimento de Zavascki, são as palavras de Yuri Magadan, que ensina: “o legislador, ao inserir esta forma de antecipação no §6.º do art. 273 do CPC brasileiro de 1973, fez com que ela se sujeitasse às características e aos pressupostos da antecipação da tutela, inclusive à possibilidade de reversão da medida”. (MAGADAN, Yuri Grossi. *Hipóteses de antecipação da tutela: exame do art. 273 do Código de Processo Civil*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2009, p.127.)

<sup>208</sup> “Em outras palavras, não é o momento em que é proferida a decisão que vai definir se houve ou não resolução do mérito. É o tipo de cognição exercida pelo juiz que deixará evidente tratar-se de uma antecipação da tutela ou de uma decisão final, que poderá gerar ou não a produção da coisa julgada material.” (CUNHA, Leonardo José

antecipada (que é, portanto, concedida antes do momento natural) é a provisoriedade, fundada que está em cognição sumária. Porém, no caso da decisão que concede a tutela da parte incontroversa da demanda, vez que a cognição não se aprofundará, trata-se de decisão definitiva. Luiz Guilherme Marinoni argumenta nesse sentido, ao ensinar que o §4.º do artigo 273 foi concebido no dispositivo pensando na tutela antecipatória fundada em cognição sumária, típica dos incisos I e II do artigo. A tutela prevista no §6.º não estaria submetida a essa revogabilidade/modificabilidade. É que, no caso do §4.º, está-se pensando numa situação que não produz coisa julgada material exatamente por estar revestida da provisoriedade e da precariedade. No caso do §6.º, não: a parcela incontroversa da demanda é aquela que ou por ser reconhecida parcialmente, ou por não requerer dilação probatória, já pode ser julgada antecipadamente e não de modo precário, ou provisório, mas de modo definitivo, porque fundada em cognição exauriente. Não há por que expor tal decisão à insegurança da revogação ou da modificação, que o juiz não está autorizado a fazer, sob pena de ferir o direito fundamental à duração razoável do processo. É que, no caso da tutela antecipatória fundada em cognição sumária, tem-se verdadeira *antecipação da tutela*, que será ou não conferida, a título definitivo, no final da sentença; não é o caso da tutela do §6.º, que, uma vez que considera incontroversa parte da demanda, sobre ela não permite mais dilações. Marinoni conclui, portanto, que sobre a tutela antecipatória prevista no §6.º se forma a coisa julgada material.<sup>209</sup>

Fredie Didier Jr. também se posiciona no mesmo sentido. Para o processualista baiano, está-se a retirar toda a utilidade do instituto caso seja entendido como simples antecipação da tutela. O autor vai além, ao argumentar que, caso se tratasse de decisão provisória, haveria redundância em se acrescentar o §6.º ao art. 273, já havendo o inciso II – este sim, fundado em cognição sumária, com base no abuso do direito de defesa do réu.<sup>210</sup> E arremata:

*Em síntese:* a decisão que aplicar o §6.º do art. 273 é uma decisão interlocutória que versa sobre parte do mérito, definitiva, fundada em cognição exauriente (juízo de certeza não de verossimilhança), apta a ficar imune pela coisa julgada material e passível de execução também definitiva.<sup>211</sup>

---

Carneiro da. *O §6.º do art. 273 do CPC: Tutela antecipada parcial ou julgamento antecipado parcial da lide?* Revista Dialética de Direito Processual. São Paulo: Dialética, 2003. n.1, p.116.)

<sup>209</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Abuso de defesa e parte incontroversa da demanda*. 2.ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p.214-217.

<sup>210</sup> DIDIER JR., Fredie *et al.* Curso de Direito Processual Civil: v.2. 8.ª ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Editora JusPODIVM, 2013, p.591.

<sup>211</sup> DIDIER JR., *loc. cit.*



Importante que se ressalte: a verdadeira *antecipação da tutela* permite que se antecipem os efeitos práticos que só seriam concedidos após a prolação da sentença.<sup>212</sup> Ela servirá a produzir os mesmos efeitos que a sentença produziria, mas fundada que está em juízo de verossimilhança, ainda depende do aprofundamento cognitivo do juiz para que seja ou não confirmada. A atividade jurisdicional, neste caso, permite que se satisfaça o direito, antecipadamente, ainda que sobre ele não se forme a coisa julgada material.<sup>213</sup> No caso da concessão da tutela da parcela incontroversa da demanda, porém, Luiz Guilherme Marinoni argumenta que “a tutela antecipatória da parte incontroversa da demanda está longe de significar a antecipação da tutela final, representando, na verdade, a *antecipação do momento* da concessão da tutela final”.<sup>214</sup>

Só podemos concluir do exposto que a denominada antecipação da tutela, na hipótese de resolução parcial de mérito quanto à parcela não controvertida da demanda, prevista no art. 273, §6.º, do CPC, não é, a rigor, um caso de aplicação de técnica antecipatória.<sup>215</sup> Só se antecipa o que é esperado em momento posterior. No caso da resolução parcial de mérito, julga-se no momento certo, no momento oportuno, isto é, quando não há mais necessidade de fazer o autor esperar para ver realizado um direito que já não se mostra controvertido. É que, no caso dos incisos I e II do artigo 273, porquanto fundados em cognição sumária, *antecipase* o que será confirmado na sentença ao final do procedimento cognitivo. No caso do §6.º, não há falar em antecipação: julga-se no momento certo, e não antes, e, já que não haverá necessidade de produção de provas novas quanto a essa parcela, a cognição em que se funda a decisão é exauriente, o que garante a proteção da decisão pela coisa julgada material.

---

<sup>212</sup> “A inserção do instituto da tutela antecipada no direito processual revelou a clara distinção entre a *tutela* e os *efeitos da tutela*; estes últimos são os únicos capazes de serem objeto de uma antecipação judicial. Com efeito, a proteção ou tutela jurisdicional, na realidade, somente ocorre após o trânsito em julgado da sentença proferida no processo de conhecimento. Antes disso, permite-se a antecipação de um, alguns ou todos os *efeitos* dessa tutela.” (CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *O §6.º do art. 273 do CPC: Tutela antecipada parcial ou julgamento antecipado parcial da lide?* Revista Dialética de Direito Processual. São Paulo: Dialética, 2003. n.1, p.109-126.)

<sup>213</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da tutela*. 11ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p.43-44.

<sup>214</sup> *Ibidem*, p.291-292.

<sup>215</sup> “Isso tudo denota que a decisão apresenta conteúdo de uma sentença de mérito. Trata-se, a bem da verdade, de julgamento antecipado parcial da lide, e não de tutela antecipada.”(CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *O §6.º do art. 273 do CPC: Tutela antecipada parcial ou julgamento antecipado parcial da lide?* Revista Dialética de Direito Processual. São Paulo: Dialética, 2003. n.1, p.126.); “O §6.º do art. 273 do CPC, sob a equivocada designação de antecipação de tutela, informa que tanto poderá ser concedido “quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso.” (MILMAN, Fábio. *O novo conceito legal de sentença e suas repercussões recursais: primeiras experiências com a apelação por instrumento*. Revista de processo. São Paulo: Editora Afiliada, v.32, n. 150, ago. 2007, p.162.)

### 3.2.2 Da obrigatoriedade da decisão e do recurso aplicável

O caput do artigo 273 dispõe que “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”,<sup>216</sup> listando a seguir os demais requisitos necessários para a concessão da liminar. Disso decorrem outras importantes questões: a primeira é se o ato judicial de concessão da tutela definitiva da parcela incontroversa da demanda é ato discricionário ou vinculado; a segunda, se o juiz precisa ser provocado pela parte para conceder a tutela definitiva da parte incontroversa, ou se pode agir *ex officio*. Finalmente, compreendida a natureza da decisão que antecipa a tutela com base no art. 273, §6.º, resta por fim determinar o recurso aplicável para atacar tal decisão. É o que se passa a fazer.

#### 3.2.2.1 Do poder-dever do juiz em antecipar a tutela com base no artigo 273, §6.º, do CPC

O *caput* do artigo 273, ao dispor que o juiz “*poderá, a requerimento da parte*, antecipar, total ou parcialmente os efeitos da tutela pretendida”, possibilita discussão acerca de a decisão que antecipa a tutela ser um ato discricionário do juiz. Também o §6.º do art. 273, ao dispor que a tutela antecipada também “*poderá ser concedida*” diante da incontrovérsia, deixa margem ao questionamento acerca da existência de discricionariedade do juiz no tocante à concessão ou não da tutela. Ora, só se pode entender tal questionamento no sentido de que a decisão que concede ou denega a antecipação de tutela não é discricionária: está vinculada à lei. O juiz, verificando presentes os requisitos necessários para a concessão da tutela antecipatória, tem o *dever* de concedê-la. Há, evidentemente, margem interpretativa para que o juiz amolde ou não o previsto na lei com a realidade do caso concreto, pois os conceitos que a lei traz são amplos. De todo o modo, não se pode dizer que o juiz está à margem da lei, mas que está a ela submetido, e *deverá* interpretar os fatos e a lei de modo a conferir maior efetividade aos direitos.<sup>217</sup>

A questão mais controversa, porém, reside na necessidade ou não de que a parte provoque o juiz para a concessão da tutela definitiva da parcela incontroversa da demanda. Isso porque o *caput* do artigo 273 expressamente menciona a necessidade de requerimento da

---

<sup>216</sup> BRASIL. Lei n.º 5.896 de 11 de janeiro de 1973. *Código de Processo Civil*, grifo nosso.

<sup>217</sup> DORIA, Rogéria Dotti. *A tutela antecipada em relação à parte incontroversa da demanda*. 2.ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p.66-68.

parte. Diferentemente, o §6.º não faz a mesma menção, levando a doutrina processual a duas interpretações diferentes: a primeira, de que o §6.º deve ser lido em conjunto com o *caput*, havendo necessidade de que a parte requeira a concessão da tutela definitiva diante da incontrovérsia parcial; a segunda, de que o juiz deverá agir *ex officio*, pois, uma vez cessada a controvérsia, ele tem o dever de decidir.

O primeiro alvitre é defendido, por exemplo, por Leonardo José Carneiro da Cunha. O autor repudia a aplicação analógica do disposto no artigo 330 do CPC, que trata do julgamento antecipado da lide, pois, neste caso, o juiz age *ex officio*. Em sendo, no entendimento do processualista, o §6.º do art. 273 um caso de julgamento parcial antecipado da lide poder-se-ia pensar logicamente que também o juiz deverá agir de ofício, mas Cunha argumenta que não se pode ler o §6.º do art. 273 dissociado do *caput* do mesmo artigo, referindo, portanto, a necessidade evidente de requerimento da parte para a concessão da tutela.<sup>218</sup> Teori Albino Zavascki também defende a necessidade de requerimento da parte, uma vez que enxerga o §6.º como hipótese típica de antecipação da tutela.<sup>219</sup>

O segundo alvitre é defendido, por exemplo, por Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero<sup>220</sup> – para os quais o magistrado poderá agir de ofício, por se tratar de julgamento imediato de parte do pedido –, e por Fredie Didier Jr., que argumenta no seguinte sentido:

Como não se trata de tutela antecipada, a ele não se aplicam os pressupostos da tutela antecipada: prova inequívoca, verossimilhança das alegações, fundado receio de dano, abuso de direito de defesa e manifesto propósito protelatório e, principalmente, o perigo da irreversibilidade, **necessidade de requerimento da parte**.<sup>221</sup>

Parece-nos que, de fato, em casos verdadeiros de antecipação da tutela (hipóteses do art. 273, incisos I e II), não poderá o juiz agir de ofício na concessão da liminar,<sup>222</sup> embora Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero argumentem haver tal possibilidade, excepcionalmente.<sup>223</sup> Evidente que, aqui, estão os autores aludindo aos casos de antecipação

<sup>218</sup> CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *O §6.º do art. 273 do CPC: Tutela antecipada parcial ou julgamento antecipado parcial da lide?* Revista Dialética de Direito Processual. São Paulo: Dialética, 2003. n.1, p.120.

<sup>219</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*. 7ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.112-113.

<sup>220</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de processo civil comentado artigo por artigo*. 2.ed. rev. e atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p.277. Também, “sendo uma hipótese em que se permite o julgamento antecipado da lide, natural que o juiz possa agir de ofício a respeito do assunto.” MITIDIERO, Daniel. *Processo civil e Estado Constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p.49.

<sup>221</sup> DIDIER JR., Fredie *et al.* Curso de Direito Processual Civil: v.2. 8.ª ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Editora JusPODIVM, 2013, p.589-590.

<sup>222</sup> SILVA, Jaqueline Mielke. *Tutela de urgência*: de Piero Calamandrei a Ovídio Baptista da Silva. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009, p.212.

<sup>223</sup> “A tutela antecipada tem de ser requerida pela parte. Excepcionalmente, em casos graves e de evidente disparidade de armas entre as partes, contudo, à luz da razoabilidade, é possível antecipar a tutela de ofício no

da tutela dos incisos I e II, visto que defendem a atuação de ofício nas situações do §6.º, que não trata, a rigor, de antecipação da tutela.

Apesar do peso da argumentação dos processualistas citados, ficamos com o primeiro entendimento. Ainda que não se trate de hipótese típica de antecipação da tutela, o juiz só poderá agir a requerimento da parte, excetuando, evidentemente, as situações em que a disparidade de armas entre as partes possa provocar situações injustas ou danos à parte. Ressalte-se, porém, que concordamos plenamente com Daniel Mitidiero quando ele defende o dever de consulta do juiz às partes, dentro do princípio de colaboração no processo civil. Leia-se:

A solução para o problema está em possibilitar ao juiz à consulta à parte que poderá se beneficiar pela antecipação da tutela. O juiz poderá consultar a parte sobre se tem interesse na obtenção da tutela antecipada. Com isso, equilibra-se a iniciativa judicial, inspirada na promoção da igualdade entre os litigantes e a adequação da tutela jurisdicional, e o respeito à liberdade da parte, que pode não ter interesse em fruir de decisão provisória ao longo do procedimento, mormente em face do regime de responsabilidade civil inerente à tutela sumária.<sup>224</sup>

A despeito de o autor referir-se aqui às situações em que a tutela antecipada está marcada pela provisoriedade, pela precariedade e pela revogabilidade (art. 273, I e II, do CPC), não vemos nenhuma razão para que se exclua de tal entendimento a hipótese do §6.º do mesmo dispositivo citado. Até mesmo porque, em artigo sobre o tema, o processualista defende expressamente a atuação de ofício por parte do magistrado.<sup>225</sup>

### 3.2.2.2 Do recurso contra a decisão

Sabe-se que uma das principais razões para qualificar os atos decisórios do juiz reside no fato de se determinar qual o recurso desafiado por uma decisão. Em nosso sistema processual, a sentença é atacável pelo recurso de apelação (art. 513, CPC); as decisões interlocutórias, por sua vez, são atacáveis pelo recurso de agravo (art. 522, CPC). O agravo poderá ser retido ou por instrumento. O primeiro se chama retido porque, como o próprio nome diz, ficará retido nos autos até que o processo suba para a instância seguinte, devendo

---

processo civil brasileiro.” (MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de processo civil comentado artigo por artigo*. 2.ed. rev. e atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p.269).

<sup>224</sup> MITIDIERO, Daniel. *Antecipação da tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p.91-92.

<sup>225</sup> *Idem*. *Direito fundamental ao julgamento definitivo da parcela incontroversa: uma proposta de compreensão do art.273, §6.º, CPC, na perspectiva do direito fundamental a um processo sem dilações indevidas* (art. 5º, LXXVIII, CF/88). Revista de Processo, São Paulo, v.32, n.149, p.105-119, jul. 2007.

ser julgado previamente ao julgamento da apelação. No entanto, entendendo-se que o adiamento do julgamento do agravo pode por vezes ser prejudicial ao recorrente, sobretudo em casos de urgência, o sistema processual concebeu o agravo por instrumento, que permite que o recurso suba à instância seguinte sem que se tenha de esperar todo o trâmite processual a fim de que a decisão agravada seja apreciada pelo tribunal.

Um dos pontos mais polêmicos relativos à tutela da parte incontroversa da demanda encontra-se justamente em determinar qual o recurso desafiado pela decisão que a concede. Ora, se entendemos que a decisão que resolve parcialmente o mérito consiste em decisão interlocutória, nada mais lógico do que atacá-la pelo recurso de agravo de instrumento.<sup>226</sup> Não é tão simples, porém, a questão.

Mesmo entre os autores que consideram tal decisão um caso de sentença parcial de mérito, falar em *apelação* para recorrer de tal decisão não parece ser decorrência lógica. Jaqueline Mielke Silva defende a necessidade de modificação no sistema recursal, já que insuficiente para resolver certos problemas processuais práticos. A decisão que antecipa a tutela da parte incontroversa, para ela, é uma decisão de mérito, mas que não pode ensejar o recurso de apelação, pois, nesta espécie recursal, os autos devem subir integralmente ao tribunal, o que é impossível, tendo em vista que o procedimento segue seu curso na instância primária no tocante à parcela controvertida. Por isso, a autora entende que o recurso apropriado é o agravo de instrumento, ainda que não se trate de decisão interlocutória, que resolve questão incidente.<sup>227</sup>

Daniel Mitidiero defende, porém, que tal agravo de instrumento venha revestido de certas peculiaridades. O recurso de apelação possibilita revisão (art. 551, CPC), permite a sustentação oral perante o órgão julgador (art. 554, CPC), possibilita os embargos infringentes (art. 530), além dos recursos extraordinário e especial, que sobem desde logo (art. 543, CPC), além de desafiar ação rescisória. O agravo não tem as mesmas características: não admite revisão, nem sustentação oral, tampouco embargos infringentes; eventuais recursos extraordinários sobram retidos nos autos (art. 542, §3.º, CPC), além de não comportar ação rescisória.<sup>228</sup> No entanto, como nosso sistema processual prevê o agravo para as decisões interlocutórias, e a apelação para as sentenças, não se pode tratar a decisão que concede a

<sup>226</sup> É o entendimento de Teori Albino Zavascki: “Da decisão do juiz, que, antes da sentença, julga o pedido de antecipação da tutela, deferindo-o ou não, o recurso cabível será o de agravo, eis que se trata de decisão interlocutória. E, pela própria natureza da medida pleiteada, o agravo adequado será o de instrumento, e não o retido.” (ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*. 7ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.123.)

<sup>227</sup> SILVA, Jaqueline Mielke. *Tutela de urgência*: de Piero Calamandrei a Ovídio Baptista da Silva. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009, p.260-261.

<sup>228</sup> MITIDIERO, Daniel. *Processo civil e Estado Constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p.52.

tutela da parcela incontroversa da demanda, vez que resolve parcialmente o mérito, com o mesmo tratamento de uma questão incidente ou secundária no processo. Cremos de vital importância para este trabalho transcrever a tese defendida pelo professor:

Enquanto o direito brasileiro não contar com uma apelação incidente (ou parcial) por instrumento, o recurso contra a sentença parcial tem de ser o de agravo de instrumento. Em substância, porém, trata-se de apelação, motivo pelo qual se pode e deve admitir, por exemplo, embargos infringentes do julgamento desse peculiar agravo, desde que concorram os demais requisitos de cabimento desse recurso (art. 530, CPC). Admite-se, igualmente, sustentação oral (art. 554, CPC), sendo necessário revisor (art. 551, CPC). O mesmo se diga do regime aplicável aos recursos especial e extraordinário: desse agravo caberá tais recursos sem que esses restem retidos nos autos. De resto, desse julgamento caberá, ainda e eventualmente, ação rescisória (art. 485, CPC).

O regime jurídico que se preconiza para esse curioso agravo vai dimensionado pelo fato desse conter potencialmente uma irresignação concernente ao mérito da causa. Importaria em uma grave ofensa à 'paridade de armas' no processo (e, pois, ao postulado da igualdade) que se possibilitasse agravo de uma parte do mérito, e apelação de outra, haja vista a evidente diferença que há entre o regime de um ou de outro recurso.<sup>229</sup>

Luiz Guilherme Marinoni comunga desse entendimento. Para ele, a definição da natureza da decisão que concede a parcela incontroversa da demanda como de decisão interlocutória visa a, tão somente, garantir a eficiência do sistema recursal.<sup>230</sup> Logo, ainda que tal decisão seja agravável, deve-se garantir aqui um agravo de instrumento com peculiaridades: deve permitir a sustentação oral, a interposição de embargos infringentes no caso de reforma não unânime feita pelo acórdão e deve poder, ainda, ser rescindida a decisão, uma vez que julga de forma definitiva o mérito. Assim, também para Marinoni, o recurso cabível é o de agravo de instrumento, mas com algumas peculiaridades reconhecidas a fim de não se ferir os direitos fundamentais das partes.<sup>231</sup>

Das duas opiniões acima apresentadas, cabe fazer agora uma síntese. Como se viu, uma primeira corrente, mais formalista, compreende que o único recurso a ser empregado para atacar a decisão que concede a antecipação da tutela da parcela incontroversa da demanda é o recurso de *agravo de instrumento*, com suas características típicas. Desse modo, está-se a considerar decisão provisória, que será confirmada em sentença definitiva, quando a demanda deverá ser julgada na sua integridade. Uma segunda corrente, mais preocupada com a adequação do processo aos direitos fundamentais, à qual nos filiamos, concebe que a decisão

<sup>229</sup> MITIDIERO, Daniel. *Processo civil e Estado Constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p.53.

<sup>230</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Abuso de defesa e parte incontroversa da demanda*. 2.ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p.220-221.

<sup>231</sup> *Ibidem*, p.221-222.

em questão é definitiva, razão pela qual se deve dotar o *agravo de instrumento* das mesmas vantagens que a apelação dá ao recorrente e ao recorrido, como o direito à sustentação oral, a possibilidade de embargos infringentes, entre outros, já vistos. Trata-se ia, portanto, de agravo de instrumento – dada a natureza de decisão interlocutória da decisão –, mas, como tal decisão é definitiva, não se podem negar às partes os direitos garantidos pelo recurso mais benéfico. Alinhamo-nos, neste trabalho, a esta última doutrina – repita-se.

Bruno Silveira de Oliveira chega a denominar o recurso de agravo ora em apreço de “recurso ornitorrinco”. Para o jurista, defender que um agravo tenha características de uma apelação consiste em criar um recurso que deveria ser uma coisa e transformá-lo em outra. Uma vez que comunga do entendimento de que a decisão que concede a tutela da parcela incontroversa da demanda consiste em verdadeira sentença parcial, para ele, não há falar em agravo de instrumento nem em agravo com características de apelação. Deve-se falar, de fato, em apelação.<sup>232</sup>

Assim, agrega cada vez mais adeptos um terceiro entendimento, que advoga ser tal decisão atacável pelo recurso de *apelação*. Evidentemente, tal posição relaciona-se diretamente ao fato de se considerar a decisão do art. 273, §6.º, do CPC verdadeira sentença parcial, razão pela qual o recurso desafiado seria a apelação. No entanto, surgem aqui questionamentos práticos: se a apelação determina a subida dos autos, integralmente, à instância superior, como supor que o processo deverá prosseguir, no tocante à parcela ainda controvertida, em primeira instância? Eis a principal razão pela qual tal entendimento encontra vozes minoritárias na doutrina, conquanto haja soluções apontadas para tal questionamento. Fabio Milman, em artigo sobre o assunto, traz não apenas argumentação em tal sentido, mas ainda exemplos jurisprudenciais em que se adota o conceito de sentença parcial, e se admite o recurso de *apelação por instrumento* contra semelhante decisão.<sup>233</sup> Milman apresenta argumento interessante: o de que negar a possibilidade da apelação por instrumento contra sentenças parciais seria simplesmente negar às partes os benefícios que tal recurso possibilita, tendo em vista que, ainda que se faça uso de agravo por instrumento, o que acaba ocorrendo é que os autos suplementares sobem, mas são retirados das partes os direitos mais benéficos do recurso de apelação. Argumentando contrariamente à ideia de que a quebra

<sup>232</sup> Transcreva-se seu ensinamento: “Eis o surgimento de algo como uma ‘agravação’ ou um ‘apelavo’. À falta de um nome mais adequado, vejamo-lo adequadamente como o ‘recurso ornitorrinco’”. (OLIVEIRA, Bruno Silveira de. *A 'interlocutória faz de conta' e o 'recurso ornitorrinco'* (ensaio sobre a sentença parcial e sobre o recurso dela cabível). *Revista de Processo*, São Paulo, v.37, n.203, p.87-89, jan.2012.).

<sup>233</sup> MILMAN, Fábio. *O novo conceito legal de sentença e suas repercussões recursais*: primeiras experiências com a apelação por instrumento. *Revista de processo*. São Paulo: Editora Afiliada, v.32, n. 150, ago. 2007, p.168-169.

da unicidade e da unidade da sentença poderia “tumultuar o processo”, tendo em vista que possibilitaria tantas apelações quantas fossem as sentenças parciais decididas no curso do processo, o processualista defende que isso já sucederia caso o autor resolvesse, por exemplo, ajuizar ações em separado para cada uma das demandas cumuladas, e ainda assim não se poria o sistema processual em risco.<sup>234</sup>

Registre-se, quanto a esta última posição, o seguinte: independentemente de se possibilitar a tal apelação por instrumento ou o agravo por instrumento, o importante é que a parte não pode se ver destituída dos direitos que teria, caso a sentença cobrisse a integralidade da lide. Daí entendermos que, apelação ou agravo, o verdadeiramente relevante é que o recorrente tenha a seu dispor tudo aquilo que a apelação lhe possibilita.

Trazemos, ainda, o entendimento de Paulo Affonso de Souza Sant’Anna, para quem o legislador, ao definir a sentença, utilizou-se acertadamente do critério do *conteúdo* do ato decisório (todo ato que implicar uma das situações dos arts. 267 e 269 do CPC seria sentença: por isso ele admite a existência de sentenças parciais). Porém, quanto ao sistema recursal, ele argumenta que a doutrina determina, também acertadamente, a utilização do critério topológico: se o ato encerra uma fase do processo, recorre-se pela apelação; se não, faz-se uso do agravo.<sup>235</sup>

Feitas todas essas análises, é bom que agora se retomem os pontos principais deste trabalho, e que se extraiam as principais conclusões a que chegamos. É o que se passa a fazer.

---

<sup>234</sup> MILMAN, Fábio. *O novo conceito legal de sentença e suas repercussões recursais*: primeiras experiências com a apelação por instrumento. Revista de processo. São Paulo: Editora Afiliada, v.32, n. 150, ago. 2007, p. 170.

<sup>235</sup> “A recorribilidade e o conceito da decisão não podem se misturar. Agiu corretamente o legislador ao definir o conceito da sentença pelo seu conteúdo. Age corretamente a doutrina ao definir o recurso cabível pela localização das decisões no processo. Importante é que a natureza e o conceito das decisões não sejam definidos pela sua localização no processo, nem, muito menos, pela sua recorribilidade.

“O critério topológico serve apenas para definir o recurso cabível, ou seja, nortear o jurista quanto à recorribilidade, mas nunca para definir o conceito e a natureza da decisão, que, inequivocadamente, devem ser definidos pelo seu conteúdo.” (SANT’ANNA, Paulo Afonso de Souza. *Sentença parcial*. Revista de processo, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 32, n. 151, set. 2007, p.180.)



#### 4. CONCLUSÕES

De tudo que expusemos, extraem-se as importantes conclusões seguintes:

1. Conforme exposto, o processo civil brasileiro vem passando por transformações profundas, a fim de se conferir maior efetividade à resposta dada pelo Estado às demandas trazidas em juízo. Neste sentido, representou evolução substancial a introdução em nosso sistema do instituto da antecipação da tutela, por meio da nova redação dada pela lei 8.952/1994 ao artigo 273 do CPC, que pôs fim à histórica divergência que se via na doutrina e na jurisprudência sobre a possibilidade de o juiz, por meio do exercício de seu poder geral de cautela, conceder cautelares satisfativas. Apartando-se das cautelares, surgiu a técnica antecipatória como meio de efetivação dos provimentos jurisdicionais, podendo ser concedida em duas hipóteses básicas: em caso de urgência (art. 273, I, do CPC) e em caso de abuso de direito de defesa e manifesto propósito protelatório do réu (art. 273, II, do CPC). Tais hipóteses de concessão da tutela antecipada se amparam, pela própria redação do *caput* do artigo 273, em juízo de verossimilhança obtido pelo juiz, a partir de prova inequívoca trazida pela parte interessada. O juiz, ao decidir, não o faz de forma definitiva, pois ainda não se formou o juízo de certeza necessário à prolação da sentença definitiva. Daí tal decisão que antecipa a tutela ser provisória, e revogável, apresentando, pois, a característica da *precariedade*.

2. A lei 10.444/2002 acrescentou ao artigo 273 uma nova possibilidade de antecipação da tutela, em seu §6.º, ao dispor que “a tutela antecipada também poderá ser concedida quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso”. Desde então, a doutrina vem se debruçando para compreender a verdadeira natureza da decisão que antecipa a tutela da parcela da demanda que se tornou incontroversa.

3. Entende-se por *tutela antecipada* aquela proteção jurisdicional conferida ao jurisdicionado antes do momento previsto, a título precário, com base em cognição judicial sumária e em juízo de verossimilhança. Antecipam-se os efeitos que uma eventual sentença de procedência conferiria ao autor, sem se antecipar, entretanto, a eficácia jurídico-formal da decisão, razão pela qual não se forma, sobre tal decisão precária, a denominada coisa julgada material. A decisão é, pois, revogável.

4. Quando há cumulação de pedidos, pode perfeitamente ocorrer de as partes litigarem sobre apenas alguns deles, restando um ou mais dos pedidos incontroversos; ainda, pode perfeitamente suceder que – mesmo quando se formula um único pedido – a controvérsia só surja sobre parcela do pedido, ficando a outra, incontroversa, disponível para concessão

imediate. É justamente para atender a esses casos que o legislador incluiu, no artigo 273, o §6.º. Não faz sentido submeter o autor à espera da realização de um direito que não se mostra mais controvertido, pois o devido processo legal é um processo informado por direitos fundamentais, entre os quais o direito a um processo célere, sem dilações indevidas.

5. A incontrovérsia fática não se confunde com a incontrovérsia jurídica. O §6.º do artigo 273 do CPC é claro ao dispor que o *pedido* deve mostrar-se incontroverso. Disso, surgem algumas situações particulares. O fato incontroverso é aquele que dispensa produção probatória. Há algumas situações previstas no sistema processual em que os fatos são considerados incontroversos: em caso de revelia (embora, aqui, a presunção seja relativa); em caso de não impugnação específica dos fatos (técnica da não contestação); em caso de confissão. O fato incontroverso não implica incontrovérsia do pedido, pois aquele está situado no âmbito da causa de pedir: para que a incontrovérsia fática leve à incontrovérsia jurídica, o juiz deverá verificar se dos fatos alegados decorre o pedido pretendido pela parte. Outra é a situação em que a incontrovérsia se dá no plano do direito: em caso de reconhecimento jurídico parcial, transação parcial ou renúncia parcial, o juiz não mais avaliará o plano fático, pois é o próprio direito que está sendo reconhecido pela parte prejudicada, o que vincula o juiz. Uma terceira possibilidade de incontrovérsia surge quando, ao longo do processo, há suficiência probatória acerca de determinados fatos, levando parte da demanda ao estado de maturidade para julgamento.

6. Quando um dos pedidos cumulados ou quando parcela de qualquer pedido, cumulado ou não, se torna incontroverso, não há por que razão fazer o autor esperar para vê-lo realizado. A incontrovérsia faz surgir juízo de certeza sobre aquela parcela da demanda, pois o juiz, diante de incontrovérsia jurídica, não terá mais o que avaliar no curso do processo quanto a esta parcela. Sobre ela, operou-se a cognição exauriente, e o juiz pode julgar com base em juízo de certeza, e não de verossimilhança. Essa é a principal razão pela qual não se pode compreender o instituto introduzido pelo art. 273, §6.º, do CPC, como uma hipótese de antecipação da tutela semelhante às dos incisos I e II do mesmo dispositivo. O §6.º trata de *resolução parcial de mérito, definitiva*, formulada segundo *cognição exauriente*. Não é caso típico de antecipação da tutela, já que esta tem por marca a precariedade. Entendemos que a decisão que antecipa a tutela com base no art. 273, §6.º, do CPC não pode ser revogada, amparada que está pela estabilidade e pela imutabilidade da *coisa julgada*.

7. Apesar de entendermos que a decisão sobre a qual discorreremos é definitiva, e constitui resolução parcial de mérito, não agasalhamos aqui a tese de que se trata de *sentença parcial*. Acreditamos que seria a melhor solução, caso o legislador, ao tratar dos casos de

juízo conforme o estado do processo, houvesse possibilitado a cisão da sentença, abandonando de forma explícita o princípio chiovendiano da unidade e da unicidade da sentença. De fato, não há mais razão de ser para se apegar a semelhante princípio. No entanto, preferimos seguir a corrente majoritária da doutrina, que defende tratar-se de *decisão interlocutória* com resolução parcial de mérito.

8. Apesar de sua natureza de decisão interlocutória, como é fundada em cognição exauriente, e resolve de forma definitiva parcela do mérito, não consideramos pertinente a utilização do recurso de agravo de instrumento, pelo menos não em seus moldes típicos. O agravo de instrumento contra decisão que resolve parcialmente o mérito deve ser dotado das mesmas vantagens da apelação: prazo de 15 dias; sustentação oral perante o órgão julgador do recurso; possibilidade de embargos infringentes; possibilidade de recurso especial e extraordinário não retidos; possibilidade de rescisão da decisão.

9. Entendemos que, presentes os requisitos exigidos em lei, o juiz *deverá* conceder a tutela antecipada da parcela incontroversa da demanda, desde que a parte assim o requeira. Pode até o juiz agir de ofício em caso de flagrante disparidade de armas entre as partes, mas, em regra, o magistrado decidirá de acordo com o que requerer a parte interessada.

10. Frisem-se, por fim, os seguintes pontos. A tutela definitiva da parcela incontroversa da demanda, prevista no art. 273, §6.º, do CPC não é caso típico de antecipação da tutela, embora, topologicamente, esteja inserida no escopo do artigo que trata do tema. Trata-se, em verdade, de resolução parcial definitiva do mérito, fundada em cognição exauriente, e sujeita à formação da coisa julgada material. Aplica-se quando cessar a incontrovérsia jurídica em um dos pedidos cumulados ou em relação a parte de qualquer pedido (não contestação, reconhecimento jurídico parcial, ou suficiência probatória). A decisão interlocutória que concede tal tutela desafia o recurso de agravo de instrumento, com as mesmas vantagens do recurso de apelação.

## REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. *O que é “devido processo legal”?* Revista de Processo. São Paulo: RT, 2008, n. 163.

\_\_\_\_\_. *Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário.* São Paulo: Malheiros, 2011.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização).* 5.<sup>a</sup> ed., rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2009.

BRASIL. Lei n.º 5.896 de 11 de janeiro de 1973. *Código de Processo Civil.*

\_\_\_\_\_. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

\_\_\_\_\_. Projeto de Lei n.º 166/2010. Código de Processo Civil. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=84496>>.

CÂMARA, Alexandre. *Lições de Direito Processual Civil: v.1.* 9.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

CUNHA, Alcides Alberto Munhoz da. *Sentenças interlocutórias desafiando apelação.* Revista de Processo, São Paulo, v. 35, n. 185, p. 217-218, jul.2010.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *O §6.º do art. 273 do CPC: Tutela antecipada parcial ou julgamento antecipado parcial da lide?* Revista Dialética de Direito Processual. São Paulo: Dialética, 2003. n.1.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: v.1.* 12.<sup>a</sup> ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Editora JusPODIVM, 2010.

DIDIER JR., Fredie *et al.* Curso de Direito Processual Civil: v.2. 8.<sup>a</sup> ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Editora JusPODIVM, 2013.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma da reforma.* 3.<sup>a</sup>ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2002.

DORIA, Rogéria Dotti. *A tutela antecipada em relação à parte incontroversa da demanda.* 2.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

ESPANHA. Constituição (1978). Constitución Española, 1978.

HOUAISS. Grande Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa – beta. Disponível em <<http://www.uol.com.br/houaiss>>.

ITÁLIA. Regio Decreto, 28 de outubro de 1940, n. 1443. *Codice di Procedura Civile.*

MAGADAN, Yuri Grossi. *Hipóteses de antecipação da tutela: exame do art. 273 do Código de Processo Civil.* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2009, p.127.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Abuso de defesa e parte incontroversa da demanda*. 2.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

\_\_\_\_\_. *Antecipação da tutela*. 11<sup>a</sup> Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de processo civil*: v.2. 8.<sup>a</sup> ed. rev., atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de processo civil comentado artigo por artigo*. 2.ed. rev. e atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. *Devido processo legal e proteção de direitos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira *et al.* Curso de Direito Constitucional. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

MILMAN, Fábio. *O novo conceito legal de sentença e suas repercussões recursais*: primeiras experiências com a apelação por instrumento. Revista de processo. São Paulo: Editora Afiliada, v.32, n. 150, ago. 2007.

MITIDIERO, Daniel Francisco. *Sentenças parciais de mérito e resolução definitiva fracionada da causa*: lendo um ensaio de Fredie Didier Júnior. Gênesis Revista de Direito Processual Civil, Curitiba, n.31, (jan./mar. 2004).

\_\_\_\_\_. *Processo civil e Estado Constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

\_\_\_\_\_. *Direito fundamental ao julgamento definitivo da parcela incontroversa*: uma proposta de compreensão do art.273, §6.º, CPC, na perspectiva do direito fundamental a um processo sem dilações indevidas (art. 5º, LXXVIII, CF/88). Revista de Processo, São Paulo, v.32, n.149, p.105-119, jul. 2007.

\_\_\_\_\_. *Tendências em matéria de tutela sumária*: da tutela cautelar à técnica antecipatória. Revista de Processo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, v.197, julho de 2011.

\_\_\_\_\_. *Antecipação da tutela*: da tutela cautelar à técnica antecipatória. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Notas sobre o problema da 'efetividade' do processo*. In: *Estudos de direito processual em homenagem a José Frederico Marques no seu 70º aniversário*, São Paulo: Saraiva, 1982, p.201-220.

\_\_\_\_\_. *O novo processo civil brasileiro*: exposição sistemática do procedimento. Ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

OLIVEIRA, Bruno Silveira de. *A 'interlocutória faz de conta' e o 'recurso ornitorrinco'* (ensaio sobre a sentença parcial e sobre o recurso dela cabível). *Revista de Processo*, São Paulo, v.37, n.203, p.73-96, jan.2012.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil: v.1*. São Paulo: Atlas, 2010.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Teoria e prática da tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

\_\_\_\_\_. *Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo*. 4ª ed., rev., atual. e aumentada. São Paulo: Saraiva, 2010.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Convenção Americana de Direitos Humanos*, 1969.

PORTUGAL. Decreto-Lei n.º 44.129 de 28 de dezembro de 1961. *Código de Processo Civil*.

SANT'ANNA, Paulo Afonso de Souza. *Sentença parcial*. *Revista de processo*, São Paulo: *Revista dos Tribunais*, v. 32, n. 151, set. 2007.

SILVA, Jaqueline Mielke. *Tutela de urgência: de Piero Calamandrei a Ovídio Baptista da Silva*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Da sentença liminar à nulidade da sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

\_\_\_\_\_. *Curso de Processo civil: v.1*. 6.ª ed. rev. e atual. de acordo com as leis 10.352, 10.358/2001 e 10.444/2002. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

WATANABE, Kazuo. *Cognição no processo civil*, 4.ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*. 7ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009.