

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

PUC/SP

Daniel Feitosa Naruto

**A natureza jurídica da decisão que concede a tutela antecipada na parte
incontroversa da demanda (artigo 273, § 6º, CPC)**

CAMPO GRANDE

2013

Daniel Feitosa Naruto

**A natureza jurídica da decisão que concede a tutela antecipada na parte
incontroversa da demanda (artigo 273, § 6º, CPC)**

Monografia apresentada à PUC/COGEAE,
como exigência parcial para aprovação no
Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* –
Especialização em Direito Processual Civil, sob
a orientação do Professor Doutor Rodrigo
Barioni.

CAMPO GRANDE

2013

Daniel Feitosa Naruto

**A natureza jurídica da decisão que concede a tutela antecipada na parte
incontroversa da demanda (artigo 273, § 6º, CPC)**

Monografia apresentada À PUC/COGEAE,
como exigência parcial para aprovação no
Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* –
Especialização em Direito Processual Civil, sob
a orientação do Professor Doutor Rodrigo
Barioni.

Local: Campo Grande, MS

Data de aprovação: ____/____/____

Banca Examinadora:

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho aos meus pais, Edson Setsuo Naruto e Marlene da Silva Feitosa Naruto, e ao meu irmão, Rafael Feitosa Naruto, a quem devo tudo que sou. Todos sempre me deram a força necessária à sua conclusão.

Dedico, também, à minha noiva, Maureen Barni, que esteve ao meu lado durante a elaboração deste trabalho e é grande incentivadora nos meus estudos.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, agradeço a Deus pelo dom da vida e pela saúde.

Agradeço, também, ao meu orientador neste trabalho, o Doutor Rodrigo Barioni pela atenção despendida e ensinamentos repassados.

Igualmente quero expressar meus especiais agradecimentos ao advogado Luiz Henrique Volpe Camargo, meu grande professor de direito, pelos ensinamentos repassados e livros emprestados.

Também não posso deixar de agradecer a todos os professores que ministraram aulas no curso de especialização, os quais, por certo, me deram a base de conhecimento necessária para a elaboração deste trabalho.

Por fim, agradeço aos meus colegas de curso, com os quais tive boas discussões jurídicas e ótimos momentos de convivência.

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo analisar a natureza jurídica da decisão judicial que antecipa os efeitos da tutela pretendida nos casos em que restar incontroverso um ou mais dos pedidos cumulados ou parte destes. Este estudo se justifica pelo fato de que, com as recentes reformas do Código de Processo Civil Brasileiro, o legislador mostrou-se mais preocupado com a celeridade e efetividade das decisões judiciais, buscando o benefício daquele que procura o Poder Judiciário para fazer valer o seu direito. No entanto, apesar do pensamento contemporâneo dessas reformas, pensamentos tradicionais ainda possuem muito força no ordenamento jurídico brasileiro, apresentando argumentos que fazem com que os operadores do direito ainda tenham receio de aplicar a técnica acima mencionada. Para alcançar seus objetivos, primeiramente, foram classificadas as formas em que se dão os pronunciamentos judiciais. Também se conceituou o instituto da antecipação da tutela. No capítulo seguinte, abordou-se a natureza jurídica da decisão que antecipa os efeitos da tutela na parte incontroversa da demanda, bem como aspectos relevantes sobre o tema. Por fim, discorreu-se quanto as inovações que serão trazidas com a reforma do Código de Processo Civil Brasileiro que se avizinha.

Palavras-chave: Processo Civil. Tutela Antecipada. Pedido Incontroverso. Natureza Jurídica. Julgamento Antecipado do Processo. Efetividade.

ABSTRACT

This paper aims to analyze the legal nature of the judicial decision which anticipates the effects of the request, when part of that seems to be uncontroversial. The study is justified by the fact that, with the recent reforms of the Brazilian Civil Procedure Code, the lawmaker expressed concern with the celerity and effectiveness of the court provision, benefiting that one who seeks the Judiciary to enforce their right. However, despite the contemporary thought of these reforms, traditional thoughts still have strength in the Brazilian Legal, presenting arguments that make the jurists afraid to apply the technique mentioned above. To achieve its objectives, firstly, the judicial pronouncements were classified. Posteriorly, the anticipated judicial protection was conceptualized. In the next chapter, the legal nature of the decision that anticipates the effects of protection on the undisputed demand was addressed, as well as relevant aspects of the topic. Finally, the innovations that will be brought by the new Brazilian Civil Procedure Code were discoursed.

Keywords: Civil Procedure. Anticipated Judicial Protection. Uncontroversial Claim. Legal Nature. Anticipated Judgement of Process. Effectiveness.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 PRONUNCIAMENTOS DO JUIZ	11
2.1 Breves considerações	11
2.2 Dos atos do juiz	12
2.2.1 <u>Sentença</u>	12
2.2.2 <u>Decisão interlocutória</u>	16
2.2.3 <u>Despacho</u>	18
3. TUTELA ANTECIPADA	21
3.1 Conceito	21
3.2 Requisitos para a antecipação da tutela	22
3.3 Hipóteses de antecipação da tutela	26
3.4 Características da tutela antecipada	29
4. TUTELA ANTECIPADA NA PARTE INCONTROVERSA DA DEMANDA (ARTIGO 273, § 6º, CPC)	30
4.1 Breves considerações	30
4.2 A tutela antecipada de evidência e a entrega tempestiva da prestação jurisdicional	33
4.3 Natureza jurídica da decisão que concede a antecipação da tutela na parte incontroversa da demanda (art. 273, § 6º do CPC)	36
4.3.1. <u>Antecipação de tutela ou julgamento antecipado da lide?</u>	36
4.3.2. <u>Decisão interlocutória de mérito ou uma sentença parcial?</u>	40

4.3.3. <u>Qual o recurso cabível?</u>	43
4.3.4. <u>Eficácia do provimento jurisdicional que concede a tutela antecipada na parte incontroversa da demanda. Faz coisa julgada?</u>	47
5 TUTELA ANTECIPADA NA PARTE INCONTROVERSA DA DEMANDA E AS INOVAÇÕES TRAZIDAS PELO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL – BREVES COMENTÁRIOS	53
6 CONCLUSÃO	56
7 REFERÊNCIAS	59

1. INTRODUÇÃO

O presente estudo tem o intuito de ponderar acerca da natureza jurídica da decisão proferida com base no artigo 273, § 6º do Código de Processo Civil, ou seja, àquela calcada na incontrovérsia de um ou mais pedidos cumulados, também chamada de tutela antecipada de direito evidente ou, simplesmente, tutela de evidência.

Além disso, busca analisar as implicações que a sua natureza jurídica acarreta no âmbito processual, tais como no âmbito recursal e na sua eficácia.

Pois bem, é certo que as reformas que o Código de Processo Civil tem passado nos últimos anos trouxeram, dentre muitas inovações, a possibilidade de pensar-se em um julgamento fracionado do mérito, visando sempre a eficiência da tutela jurisdicional, a qual encontra-se estritamente atrelada à celeridade do mesmo.

Há tempos se ouve falar em justiça tardia, morosa, a qual persegue a eficiência da tutela, que por muitos não passa de uma mera expectativa muitas vezes inalcançável. Isto porque o instrumento jurisdicional é repleto de formalidades, sobre tudo, o da certeza. No entanto, esquece-se que o processo civil é voltado à concretização do direito material e que este é apenas o caminho, sendo, portanto, um dever do Estado provê-lo de forma equânime e uniforme, sob pena de ter-se uma tutela inoficiosa.

Acontece que o ordenamento jurídico e suas (quase) infinitas regras acabam por engessar o processo, trazendo para si a imagem de obsoleto e que, conseqüentemente, leva ao descrédito.

A demora na entrega da prestação jurisdicional, ao menos em tese, parece beneficiar o réu, em detrimento do autor que movimenta a máquina judiciária buscando o tão sonhado bem da vida.

Daí, muito se tem discutido quanto à entrega tempestiva da tutela jurisdicional, bem como os meios para alcançar-se a tão almejada tempestividade, sem que para isso perca-se o senso do justo.

Pensando nisto, o legislador incluiu no ordenamento jurídico instrumentos capazes de adiantar os resultados práticos da inalcançável sentença.

Dentre tais instrumentos, introduziu-se no ordenamento jurídico o instituto da tutela antecipada como forma de antecipar os efeitos da sentença, a qual se limita em um juízo de aparência. Esta técnica possibilitou ao Poder Judiciário distribuir de forma equilibrada o ônus do tempo às partes, no entanto, por si só não foi capaz de afastar a morosidade judiciária.

Daí vislumbrou-se a possibilidade de fragmentação do mérito como forma de trazer maior efetividade ao processo, equilibrando, assim, a duração razoável deste. Assim, iniciou-se o pensamento quando a antecipação do direito evidente, o qual traz consigo não mais uma juízo de aparência, mas sim, o juízo de certeza.

Desta forma, sendo parte do direito pleiteado dotado de autonomia, incontrovérsia e independência quanto a realização de provas, este estaria apto para, desde logo, ser decidido de forma definitiva, independentemente do restante da demanda. Assim, se parcela do direito restou evidente, não há que se aguardar a solução do remanescente para que a parte interessada vislumbre o seu êxito.

Como se sabe, o tempo ainda é o grande inimigo dos jurisdicionados. Somado a isto, há o fato de que o número de demandas aumenta em um ritmo acima do crescimento dos meios oferecidos pelo Estado para julgá-los.

Assim, não restam dúvidas de que a técnica prevista no § 6º do artigo 273 do Código de Processo Civil é imprescindível na entrega da prestação jurisdicional à luz da Constituição Federal e seus princípios, fontes máxima para o ordenamento jurídico brasileiro.

2. PRONUNCIAMENTOS DO JUIZ

Como é cediço, o juiz é o órgão investido de autoridade pública pelo Estado para o exercício de sua função jurisdicional, ou seja, para julgar/resolver os conflitos que são submetidos à sua apreciação.

O juiz é o membro do Poder Judiciário investido pela lei de um poder para que a sua vontade, diga-se, entendimento seja aplicado às vezes da própria pessoa jurídica estatal.

E o Código de Processo Civil, em seu Capítulo IV, prescreve os poderes, deveres e responsabilidades desta tão importante membro no âmbito do campo civil.

No presente capítulo, abordar-se-á, especificamente, os poderes do juiz e a sua instrumentalização.

Ressalta-se que a demonstração e conceituação, mesmo que de forma sucinta, quanto aos pronunciamentos do juiz é de suma importância para o real objeto do presente feito, qual seja, a natureza jurídica da decisão proferida com base no § 6º do artigo 273 do Código de Processo Civil e suas implicações no âmbito processual.

2.1. Breves considerações

Várias são as classificações e nomenclaturas dadas aos poderes confiados ao juiz no âmbito civil, dentre os quais destaca-se a estabelecida por Humberto Theodoro Júnior.

Este renomado doutrinador (2001, p. 200) classifica os poderes do juiz em decisórios e não decisórios.

Os poderes decisórios são os dotados de um conteúdo de deliberação ou comando, pelo que, ressalta-se que o interesse público deve sobressair ao interesse das partes, devendo o juiz influir no correto deslinde do processo a fim de garantir a segurança jurídica.

Humberto Theodoro Junior (2001, p. 204) ainda divide os poderes decisórios em propriamente ditos e executivos. Os primeiros referem-se à fase de cognição do processo, enquanto os segundos à fase executiva, quando da efetivação da entrega do bem da vida àquele que é tido como o possuidor da razão.

Já os poderes não decisórios possuem função administrativa ou de polícia judicial, não influenciando na questão litigiosa, tais como os que disciplinam o funcionamento do cartório.

Superadas tais considerações, registra-se que os poderes do juiz tem sua instrumentalidade dada através de seus atos, os quais, de acordo com o artigo 162 do Código de Processo Civil, são classificados como despachos, decisões interlocutórias e sentenças, os quais serão sucintamente abordados abaixo.

2.2. Dos atos do juiz

2.2.1. Sentença

Inicialmente, registre-se que a sentença traz em seu conteúdo o fruto do que na origem se requereu em juízo. Neste contexto, transcreve-se os ensinamentos de Carreira Alvim:

A sentença, do ponto de vista lógico, corresponde a um silogismo, em que a 'premissa maior' é a regra de direito a ser aplicada; a 'premissa menor' são os fatos ou, mais precisamente, a situação de

fato; a 'conclusão' é o resultado da operação realizada pelo juiz, mediante a subsunção dos fatos à norma legal. A conclusão é a norma concreta que se extrai dessa operação e que, a partir daí, será a lei reguladora do caso decidido. (ALVIM, 2006, p. 284)

De acordo com o §1º do artigo 162 do Código de Processo Civil, a sentença é o ato pelo qual o juiz decide/julga o feito na forma dos artigos 267¹ e 269², também daquele código, resolvendo ou não o mérito. Ressalta-se que esta definição, trazida pela Lei n.º 11.232/05, fez com que a sentença deixasse de ser o ato pelo qual o juiz põe termo ao processo, pelo que encerra apenas a parte cognitiva do feito.

Diversas são as classificações dadas à sentença, sendo que ao presente estudo, interessante apenas quanto à eficácia do conteúdo e estrutura.

Duas são as correntes que classificam as sentenças quanto ao seu conteúdo, são elas: a trinária e a quinária.

A primeira sustenta que a sentença pode possuir efeitos declaratórios, constitutivos ou condenatórios. Já a segunda, idealizada por Pontes de Miranda, afirma que a sentença pode ter, além dos três já citados, efeitos mandamentais e executivos.

¹ Art. 267. Extingue-se o processo, sem resolução de mérito:

I - quando o juiz indeferir a petição inicial;

II - quando ficar parado durante mais de 1 (um) ano por negligência das partes;

III - quando, por não promover os atos e diligências que lhe competir, o autor abandonar a causa por mais de 30 (trinta) dias;

IV - quando se verificar a ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo;

V - quando o juiz acolher a alegação de perempção, litispendência ou de coisa julgada;

VI - quando não concorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual;

VII - pela convenção de arbitragem;

VIII - quando o autor desistir da ação;

IX - quando a ação for considerada intransmissível por disposição legal;

X - quando ocorrer confusão entre autor e réu;

XI - nos demais casos prescritos neste Código.

² 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.

Pontes de Miranda (1970, p. 161) ainda leciona que as sentenças não possuem apenas um efeito, pelo que afirma que não são puras, ou seja, carregam, mesmo que implicitamente, outra ou outras eficácias.

Araken de Assis (1998, p. 91-99), ao distinguir a sentença quanto sua eficácia, assenta que esta será declaratória, quando reconhecer a existência ou não de relação jurídica; constitutiva, quando mudar, criar, extinguir a relação jurídica; condenatória, quando condenar ao cumprimento de uma obrigação; mandamental, quando for proferida ordem; e, finalmente, executiva, quando a decisão nascer com o cunho de executar, sem que, para tanto, seja necessária a instauração de outra relação jurídica.

No que diz respeito à estrutura da sentença, é certo que esta possui requisitos formais elencados no artigo 458³ do Código de Processo Civil, quais sejam, o relatório, a fundamentação e o dispositivo.

Quanto ao relatório da sentença, assim primorosamente leciona Teresa Arruda Alvim Wambier:

No relatório, o juiz faz como que um resumo do processo, expondo tudo o que lhe parece relevante, como os fatos, as razões de direito alegadas pelas partes, o pedido, a defesa. Expõe, pois, a matéria-prima que será o ponto de partida para sua decisão. É ainda, nessa oportunidade que deve o juiz mencionar as principais ocorrências havidas no curso do processo, como, por exemplo, ter(em) sido interposto(s) agravo(s) contra alguma(s) de suas decisões interlocutórias e, no caso de ter entrado com agravo de instrumento, a solução que tenha sido dada ao recurso pelo Tribunal, ou, ainda, as eventuais providências preliminares que tenham sido determinadas. (T. A. A. WAMBIER, 2007, p.103-104)

³ Art. 458. São requisitos essenciais da sentença:

- I - o relatório, que conterá os nomes das partes, a suma do pedido e da resposta do réu, bem como o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo;
- II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;
- III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões, que as partes lhe submeterem.

A fundamentação, também conhecida como motivação, é requisito constitucional cuja ausência acarreta à nulidade da sentença. Teresa Arruda Alvim Wambier (2007, p.103-104) afirma que, apesar de ser tratada como hipótese de nulidade da sentença, a ausência da fundamentação impõe a inexistência da sentença, uma vez que estaria ausente o seu conteúdo, que nada mais é que o ato de vontade do órgão jurisdicional.

É durante a fundamentação que o juiz manifesta o seu entendimento, ou, nas palavras de Ovídio Baptista (2006, p. 383), externa sobre o “acerto ou desacerto das teses das partes, explicitando os fundamentos de fato e de direito que lhe formaram a convicção”. É na fundamentação que se concretiza de forma inequívoca o princípio de livre convencimento motivado, bem como se demonstra àquele que será vencido do que este poderá recorrer. A fundamentação não faz coisa julgada material.

Por fim, a parte dispositiva. É a conclusão do juiz. Parte final da sentença, na qual o juiz resolve as questões submetidas ao crivo do Poder Judiciário. É nesta parte que reside a conclusão lógica e coerente desenvolvida pelo juiz na fundamentação, sob pena de comprometer sua validade, rejeitando ou acolhendo, mesmo que em parte, o pleito autoral.

Da parte dispositiva que se verifica se a sentença foi proferida de acordo com aquilo que foi pedido pela parte autora. Em outras palavras: no dispositivo que se constata se a sentença julgou mais (*extra petita*), menos (*infra petita*), ou além (*ultra petita*) do pedido.

2.2.2. Decisão interlocutória

No curso da lide, o juiz pronuncia-se quanto a inúmeras questões, de fato ou de direito, sobre as quais controvertem as partes, sem que tal situação acarrete ao deslinde do feito em primeiro grau de jurisdição.

Esta decisão perfaz-se de decisão interlocutória, com previsão no § 2º do artigo 162 do Código de Processo Civil, o qual conceitua tal medida como o “ato pelo qual o juiz, no curso do processo, resolve questão incidente”.

É ato decisório, tanto é assim que enfrenta recurso, pois, através da decisão interlocutória, o juiz julga, de forma restrita, a questão versada no próprio processo, ou seja, resolve aquele impasse momentâneo que necessita da decisão para que o processo prossiga até o seu fim.

Os doutrinadores Luiz Rodrigues Wambier, Flávio Renato Correia de Almeida e Eduardo Talamini, em seu Curso Avançado de Processo Civil, afirmam que:

Não é possível um elenco exaustivo das decisões interlocutórias, porque toda e qualquer questão surgida no desenvolvimento do processo acaba por gerar decisão judicial. São, pois, inúmeras as situações que reclamam o pronunciamento, variáveis de acordo com as peculiaridades do litígio, do procedimento e, mesmo, da fase procedimental. Ocorrem, com grande frequência, na fase instrutória, sendo em menor número da fase recursal, mas também aí podem ocorrer. (L. R. WAMBIER, ALMEIDA E TALAMINI, 2005, p. 184-185)

Conceituada a decisão interlocutória, faz-se mister registrar que a tutela jurisdicional provisória, cuja necessidade é imprescindível ao compromisso do Estado em, não apenas reparar eventual lesão de direito (tutela reparatório), mas também evitar que esta aconteça (tutela preventiva); é prestada por meio de

decisões interlocutórias, uma vez que a adoção de medidas acautelatórias é uma questão incidente resolvida no processo.

Ressalta-se que este incidente não se limita a uma questão meramente processual, mas atinge o mérito porquanto se presta a antecipar o gozo do direito vindicado ou garantir uma futura execução.

Montenegro Filho (2006, p. 252) afirma que, dependendo de sua função no processo, a tutela provisória pode ser de duas espécies: a medida cautelar e a tutela antecipada.

Pois bem, a medida cautelar é aquela utilizada para assegurar o objeto principal da lide, visando o melhor aparelhamento do processo, com o intuito de que este cumpra seus objetos. A decisão interlocutória visando a concessão desta medida pode ser requerida tão logo seja necessária.

Teori Zavascki (2005, p. 17) sustenta que, na medida cautelar, o resultado prático não guarda, necessariamente, relação de pertinência com a satisfação do direito, mas, sim, com a sua garantia, e sua duração será limitada no tempo, não sendo sucedida por outra de mesmo conteúdo ou natureza (isto é, por outra medida de garantia), razão pela qual a situação fática por ela criada será necessariamente desfeita ao término de sua vigência.

Para a sua concessão, é necessária a demonstração de dois requisitos, quais sejam: o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*.

Quanto à antecipação de tutela, tem-se que é aquela que, como o próprio nome diz, antecipa a eficácia que a futura sentença, eventualmente, produzirá no campo da realidade dos fatos, tudo com base em prova inequívoca colacionada aos autos. De acordo com os ensinamentos de Teori Zavascki:

[...] a medida antecipatória tem lugar quando urgente é a própria satisfação do direito afirmado [...], havendo, em sentido lato, execução antecipada como um meio para evitar que o direito pereça ou sofra dano (execução de segurança) [...], e com efeitos que podem ser perpetuados no tempo, pois destinada a ser sucedida por outra de conteúdo semelhante, a sentença final de procedência, cujo advento consolidará de modo definitivo a situação fática decorrente da antecipação. (ZAVASCKI, 2005, p. 58)

Assim como para a concessão da medida cautelar, a tutela antecipada, nos termos do artigo 273 do Código de Processo Civil, também necessita do preenchimento de dois requisitos, quais sejam: a verossimilhança e o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação. Eis o teor do citado artigo:

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:

I - haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou
II - fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

Por fim, importante registrar que tais medidas são fungíveis entre si, conforme prescreve o parágrafo 7º do artigo 273 do Código de Processo Civil⁴.

2.2.3. Despacho

O despacho é o ato residual do juiz de simples impulso processual, ou seja, tudo aquilo que não for decisão interlocutória ou sentença. É através do despacho que o magistrado provê a respeito do andamento do processo judicial. Os despachos não possuem caráter decisório.

⁴ Art. 273 (...).§ 7o 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.

Está prescrito no § 3º do artigo 162 do Código de Processo Civil que assim assenta: “São despachos todos os demais atos do juiz praticados no processo, de ofício ou a requerimento da parte, a cujo respeito a lei não estabelece outra forma”.

Os despachos não possuem forma pré-estabelecida, prescrita, assim como a sentença e a decisão interlocutória, e por tal motivo dúvidas surgem quanto à natureza jurídica do ato do juiz, vez que, via de regra, as decisões são recorríveis e os despachos não.

Os doutrinadores Luiz Rodrigues Wambier, Eduardo Talamini e Flávio Renato Correia de Almeida ensinam a maneira de distinguir o despacho de uma decisão interlocutória:

A maneira mais objetiva de distinção é fazer uma verificação em dois momentos: primeiro, se, ante o assunto apresentado, poderia ou não o juiz agir de um ou outra forma. Se duas ou mais opções se apresentarem ao juiz, e ele opta por uma, é possível que o ato não seja de simples impulso processual; segundo, se a opção do juiz traz em si, carga lesiva ao interesse (em sentido amplo) da parte. Caso positivo, e independentemente da forma que assuma, este ato será uma decisão interlocutória, pois, ao optar, o juiz preferiu um julgamento que poderia não causar prejuízo ao interesse se tivesse escolhido o outro caminho. (L. R. WAMBIER, ALMEIDA E TALAMINI, 2005, p. 185-186)

Ademais, importante salientar que o que define a natureza jurídica destes atos é, tão somente, o seu conteúdo, e não o seu momento.

Esta ressalva é relevante ao analisar o despacho de determina a citação do réu. Isto porque tal despacho não declara que houve a análise do requisitos da petição inicial, tanto é assim que não há preclusão neste particular, pelo que a análise desta pode ser postergada para após a apresentação da contestação.

No entanto, caso o juiz, neste provimento judicial, determine a emenda da petição inicial, estar-se-á diante de uma decisão interlocutória, pois resta

demonstrado que houve análise da petição inicial, pelo que constatou-se a irregularidade.

Além disso, há a possibilidade de indeferimento da petição inicial, daí tam provimento judicial perfaz-se em sentença, pois enquadra-se nos termos dos artigos 267, I e 295 do Código de Processo Civil.

Neste ínterim, importante registrar a diferencia entre o despacho, assim como posto acima, e os atos meramente ordinatórios, que, anteriormente, eram conhecidos como despachos de mero expediente.

Os atos meramente ordinatórios, prescritos no §4º do artigo 162 do CPC, são aqueles cuja intenção é dar mais celeridade e eficácia ao processo judicial, pelo que são delegados ao servidor judicial.

São exemplos de atos meramente ordinatórios a vista à parte contrária sobre documentos colacionados aos autos e as intimações de testemunhas arroladas.

Entretanto, tais atos são de responsabilidade do juiz, tanto que, nos termos do artigo supracitado, estes devem ser revistos pelo juiz, quando necessário.

Por fim, traz à baila o despacho saneador que, apesar da nomenclatura, tem natureza de decisão interlocutória, uma vez que tem o condão de analisar, mesmo que de forma superficial, a presença das condições da ação e dos pressupostos processuais.

3. TUTELA ANTECIPADA

O professor Luiz Guilherme Marinoni foi o precursor para a introdução de uma tutela antecipada satisfativa em nosso ordenamento jurídico. Sustentava em sua tese, datada do ano de 1992, acerca da aplicação de um instrumento capaz de ampliar a efetividade do processo judicial, antecipando os efeitos da sentença.

E foi com base deste estudo que, em 1994, através da Lei n.º 8.952/199, foi inserido no Código de Processo Civil o artigo 273, o que prevê a possibilidade de o interessado requerer a antecipação dos efeitos da sentença, acabando, assim, com a aplicação, equivocada, de medidas cautelares satisfativas.

A partir de então, discorrer-se-á, de forma sucinta e apertada, um pouco sobre o instituto da tutela antecipada.

3.1 Conceito

De acordo com Marinoni (2009, p. 23-24), a antecipação de tutela é uma técnica de distribuição do ônus do tempo do processo, pelo que visa eliminar uma das vantagens adicionais da parte ré contra a parte autora, o qual não pode arcar, sem grandes perdas, com a morosidade do Poder Judiciário.

Afirma, ainda, que com a antecipação de tutela, recupera-se a igualdade no procedimento, ao passo que não só a ação, mas também a omissão pode causar prejuízos.

É através da tutela antecipada que se busca atingir, de forma mais célere, o bem da vida.

Com a antecipação da tutela possibilita-se que o juiz antecipe, em todo ou em parte, aquilo que só se alcançaria através da sentença definitiva.

Ressalta-se que não se antecipa a sentença, mas, tão somente, os seus efeitos.

Sobre a antecipação da tutela assim discorre Teori Zavascki:

antecipar significa satisfazer, total ou parcialmente, o direito afirmado pelo autor, e, sendo assim, não se pode confundir medida antecipatória com a antecipação da sentença. O que se antecipa não é propriamente a certificação do direito, nem a constituição e tampouco a condenação porventura pretendidas, como tutela definitiva. Antecipam-se, isto sim, os efeitos executivos daquela tutela. Em outras palavras: não se antecipa a eficácia jurídico-formal (ou seja, a eficácia declaratória, constitutiva e condenatória) da sentença; antecipa-se a eficácia que a futura sentença pode produzir no campo da realidade dos fatos. (ZAVASCKI, 2008, p. 48)

Registre-se que a antecipação de tutela pode ser pleiteada por aquele que busca a tutela jurisdicional, que, normalmente, é o autor. No entanto, em havendo reconvenção, há a possibilidade do réu, também, postular a tutela antecipada.

3.2 Requisitos para a antecipação da tutela

Nos termos do *caput* do artigo 273 do CPC, para a concessão de tutela antecipada exige-se a prova inequívoca, a qual deve convencer o juiz quanto a verossimilhança das alegações.

Além disso, conforme prescrevem os incisos I e II do citado dispositivo legal, deve-se conjugar àquela exigência a presença de fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação ou a caracterização do abuso no direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu.

Disto pinça-se que dois são os requisitos essenciais para a concessão da tutela antecipada, quais sejam, a prova inequívoca e o convencimento do juiz.

Primeiramente, no tocante à prova inequívoca, importante registrar que esta é estritamente ligada ao juízo de verossimilhança, uma vez que, em tese, é aquela apta a definir o fato em questão como verdadeiro.

Neste sentido, são os ensinamentos de Cassio Scarpinella Bueno:

É a prova inequívoca que conduz o magistrado a um estado de verossimilhança da alegação. Verossimilhança no sentido de que aquilo que foi narrado e provado parece ser verdadeiro. Não que o seja, e nem precisa; mas tem aparência de verdadeiro. É demonstrar ao juízo que, ao que tudo indica, mormente à luz daquelas provas que são apresentadas (sejam documentais ou não), o fato jurídico conduz à solução e aos efeitos que o autor pretende alcançar na sua investida jurisdicional. (BUENO, 2007, p. 38).

A princípio, ao se pensar no conceito do vocábulo “inequívoca”, pode-se acreditar quanto a necessidade de uma prova incontestável, absoluta e que não dê margem para que a outra parte se oponha à narrativa trazida pelo autor. No entanto, na prática, não é assim.

Sobre o assunto, Cassio Scarpinella Bueno escreve que:

O melhor entendimento para "prova inequívoca" é aquele que afirma tratar-se de prova robusta, contundente, que dê, por si só, a maior margem de segurança possível para o magistrado sobre a existência ou inexistência de um fato. (BUENO, 2007, p. 37)

No mesmo sentido, Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira, definem prova inequívoca:

Prova inequívoca não é aquela que conduza a uma verdade plena, absoluta, real – ideal inatingível tal como já visto no capítulo relativo à Teoria Geral da Prova -, tampouco a que conduza à melhor verdade possível (a mais próxima da realidade) – o que só é viável após uma cognição exauriente. Trata-se de prova robusta, consistente, que conduza o magistrado a um juízo de probabilidade, o que é perfeitamente viável no contexto da cognição sumária. (DIDIER JR, BRAGA E OLIVEIRA, 2008, p.624)

Desta forma, a prova inequívoca não é absoluta, mas, também, não é a prova simples, tênue. Pelo contrário, esta deve ser forte e contundente, capaz de convencer o magistrado quanto aos fatos basilares da pretensão autoral.

Carreira Alvim (1995, p. 115) sustenta que prova inequívoca seria aquela da qual resulte alto grau de convencimento, afastando-se, assim, qualquer dúvida razoável, ou seja, cuja autenticidade ou veracidade seja provável.

Ressalta-se que, como ensina Ernani Fidelis dos Santos (1996, p. 31), não há que se confundir a prova inequívoca com a prova pré-constituída, uma vez que aquela perfaz-se em prova que possibilita, por si só, ou mesmo combinada com outras já existentes, definir o fato objeto do feito como verdadeiro.

Seguindo-se, tem o outro requisito para a concessão da tutela antecipada, o convencimento do juiz.

Neste requisito, importa registrar que o convencimento do juiz daquilo tido como verdadeiro não significa encontrar a verdade, que, por sinal, é muito dificultoso.

Aqui, busca-se convencer o juiz daquilo que se alega em juízo, com base na verossimilhança, demonstrando-se que o direito do autor é, em cognição sumária, mais verossímil que o do réu. É um juízo de probabilidade.

Quanto a verossimilhança e o convencimento do juiz, Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira assentam que:

É imprescindível acrescentar que a verossimilhança refere-se não só à matéria de fato, como também à plausibilidade da subsunção dos fatos à norma invocada, conduzindo aos efeitos pretendidos. O magistrado precisa avaliar se há probabilidade de ter acontecido o que foi narrado e quais as chances de êxito do demandante. (DIDIER JR, BRAGA E OLIVEIRA, 2008, p. 627).

E mais:

Trata-se, enfim, de um pressuposto objetivo de concessão da tutela antecipada: o magistrado deverá demonstrar que há nos autos prova produzida, com tais características, que justifique a conclusão pela verossimilhança das alegações. Significa dizer, ainda, que a mera alegação do demandante, não acompanhada de prova, não permite a concessão da medida, por mais verossímil que seja. (DIDIER JR., BRAGA E OLIVEIRA, 2008, p. 626).

Por fim, importante registrar que, além dos dois requisitos acima expostos, há outro requisito que merece destaque.

Trata-se de um requisito negativo e está prescrito no artigo 273, § 2º do Código de Processo Civil, que assim dispõe: “não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado”.

Aliás, frise-se que, neste caso, não se trata da irreversibilidade da decisão que concedeu a tutela antecipa, haja vista que, nos termos do § 4º do artigo 273 do Código de Processo Civil, esta “poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada”.

A irreversibilidade de que trata o dispositivo legal acima citado se refere aos efeitos da decisão.

Neste sentido ,veja-se, pois, os ensinamentos de Cassio Scarpinella Bueno:

A irreversibilidade de que trata o dispositivo em comento diz respeito aos efeitos práticos que decorrem da decisão que antecipa a tutela, que lhe são consequentes, que são externos ao processo. É, propriamente, irreversibilidade daquilo que a "tutela jurisdicional" tem de mais sensível e importante: seus efeitos práticos e concretos. (BUENO, 2007, p. 63)

No entanto, esta regra não é irrestrita.

Isto porque, caso haja conflito de direitos entre as partes, privilegiar-se-á o direito mais provável. Desta forma, tal vedação deve ser abrandada, visando o benefício daquele direito cujo valor se sobressai.

Sobre o assunto, Marinoni e Arenhart assim ensinam:

Em virtude dessa regra, seria possível pensar que o juiz não pode conceder tutela antecipatória quando ela puder causar prejuízo irreversível ao réu. Contudo, se a tutela antecipatória, no caso do art. 273, I, tem por objetivo evitar um dano irreparável ao direito provável (é importante lembrar que o requerente da tutela antecipatória deve demonstrar um direito provável), não há como não admitir a concessão dessa tutela sob o simples argumento de que ela pode trazer um prejuízo irreversível ao réu. Seria como dizer que o direito provável deve sempre ser sacrificado diante da possibilidade de prejuízo irreversível ao direito improvável. (MARINONI E ARENHART, 2010, p. 230).

3.3 Hipóteses de antecipação da tutela

Demonstrados os requisitos para sua concessão, passa-se a discorrer quanto às hipóteses de antecipação de tutela.

Como dito acima, os incisos I e II do artigo 273 do CPC prescrevem que, além do preenchimento dos dois requisitos já abordados, deve-se demonstrar a presença de fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação ou a caracterização do abuso no direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu.

No primeiro caso – presença de fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação – está-se diante da chamada tutela antecipatória preventiva, também chamada de tutela antecipatória contra perigo.

Quanto ao “receio de dano”, importante registrar que a doutrina aproxima o seu conceito ao do *periculum in mora*:

[...] o "dano irreparável ou de difícil reparação" pode, com perfeição, ser assimilado ao periculum in mora, típico e constante da tutela de urgência. Esse "perigo na demora da prestação jurisdicional" deve ser entendido no sentido de que é fundamental para que o processo realize, em concreto, os valores que lhe são impostos pela Constituição Federal que a tutela jurisdicional seja antecipada [...], isto é, que possa o autor sentir efeitos concretos sobre a situação de lesão ou ameaça a direito que narra perante o juiz antes que seja tarde demais, antes do que, normalmente, não fosse a antecipação da tutela, sentiria. É nesse sentido que o pressuposto deve ser entendido. (BUENO, 2007, p. 42).

Além disso, é necessário que o risco seja concreto, atual e grave, sendo que, ausente um destes, não haveria a necessidade desta concessão.

Em razão do perigo, esta poderá ser concedida antes mesmo da citação.

Desta forma, haja vista que, neste casos, aguardar a prolação da sentença e o posterior trânsito em julgado colocaria em risco a efetividade do feito, presentes a prova inequívoca e a verossimilhança capaz de convencer o magistrado, há de se conceder a tutela antecipada.

A segunda hipótese – caracterização do abuso no direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu –, chamada de antecipação de tutela baseada na conduta do réu, como a própria denominação indicado, ocorre nos casos em que o réu apresenta defesa indireta, manifestamente infundada. Também se configura quando o réu abusa dos incidentes com o intuito de protelar a ação.

Sobre o assunto, eis as palavras do professor Luiz Guilherme Marinoni:

Para que o réu não se beneficie do tempo de demora do processo, a reforma de 1994 instituiu o art. 273, II, que dispõe que a tutela pode ser antecipada quando ficar "caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu". A caracterização do abuso de direito de defesa, no direito brasileiro, deve ser feita a partir da evidência do direito do autor e da fragilidade da resistência do réu. O processo, para ser justo, deve tratar de forma diferenciada os direitos evidentes, não permitindo que o autor espere mais do que o necessário para a realização do seu direito. (MARINONI, 2009, p. 133).

Carreira Alvim (1995, p. 122) afirma que haverá incidência desta hipótese quanto o autor fundar sua ação em jurisprudência pacífica ou súmula dos Tribunais Superiores e o réu defender-se baseado em posicionamentos ultrapassados e superados. Aqui, não é necessário a presença de má-fé do réu.

Além das hipóteses previstas nos incisos I e II do artigo 273 do CPC, há também a hipótese do § 6º, que assim dispõe: “A tutela antecipada também poderá ser concedida quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso”.

Neste momento, não adentraremos muito no tema, pois este será melhor abordado no próximo capítulo deste estudo.

No caso em questão, a tutela poderá ser antecipada quando um dos pedidos restar incontroverso seja porque o réu não apresentou defesa ou, mesmo que tenha apresentado, não impugnou qualquer deles.

Pode ocorrer, entretanto, que mesmo que o réu não contradiga os fatos narrados pelo autor, este apresente fato diverso, impeditivo ou modificativo, os quais dependam de instrução probatória.

Nestes casos, tem-se que, uma vez que fatos constitutivos do direito do autor restaram incontroversos e a defesa do réu necessidade provas, a tutela antecipada poderá ser concedida.

Neste sentido são os ensinamentos de Marinoni:

Na hipótese em que, diante da defesa de mérito indireta, o fato constitutivo resta incontroverso, surge o germe justificador da antecipação da tutela. Mas, essa técnica antecipatória, apesar de se basear na incontrovérsia do fato constitutivo, obviamente requer que a defesa de mérito indireta exija prova e, por consequência, tempo para a sua produção. É exatamente esse tempo, necessário para o réu produzir prova, que não deve pesar sobre o autor. Ou seja, a tutela antecipatória apenas tem sentido quando a defesa indireta não admite julgamento antecipado. Isto porque a antecipação é

justificada pelo tempo que o réu vai utilizar para permitir um juízo de cognição exauriente. (MARINONI, 2009, p. 277-278).

3.4 Características da tutela antecipada

Por fim, importante abordar as duas características principais atinentes à antecipação de tutela, quais sejam, a provisoriedade e a reversibilidade.

A provisoriedade reveste-se no caráter de solução não-definitiva, pelo que é a decisão que concede a tutela antecipada é passível de revogação ou modificação a qualquer tempo, mas sempre por meio de decisão fundamentada, conforme prescreve o § 4º do artigo 273 do CPC.

Tal característica traz como consequência a possibilidade de execução provisória da decisão que concede a tutela antecipada, cujo ônus corre por conta e risco da parte que a promover.

Pois bem, é certo que o grau de convencimento que autoriza a antecipação da tutela é o mesmo que desautoriza em caso de irreversibilidade. Admitir a antecipação do irreversível é transformar em definitiva aquela decisão proferida em cognição sumária.

Ora, a tutela antecipada é instituto cercado por meios que propiciam o máximo da verdade material necessária para o julgamento da causa naquele momento, mas, por mais que evidente o deslinde do feito, é imprescindível o juízo de reversibilidade da medida, uma vez que, ao final, esta poderá ser revogada.

4. TUTELA ANTECIPADA NA PARTE INCONTROVERSA DA DEMANDA (ARTIGO 273, § 6º, CPC)

Superados os esclarecimentos quanto à tutela antecipada, em sua essência, passa-se a discorrer quanto a antecipação de tutela prevista no artigo 273, § 6 do Código de Processo Civil, cuja concessão dá-se pela incontravérsia de um ou mais dos pedidos cumulados (ou parcela deles).

Esta hipótese, segundo Marinoni, pode ser chamada de tutela antecipatória fundada em direito evidente, ou, simplesmente, tutela antecipada de evidência.

Marinoni foi o grande idealizador da alteração processual que acresceu o § 6º ao artigo 273 do Código de Processo Civil.

Veja-se, pois, trecho da exposição de motivos do Projeto de Lei n.º 3.476, o qual deu origem à Lei n.º 10.444/2002, que alterou o artigo 273 do Código de Processo Civil:

É acrescentado, como §6º, dispositivo sugerido por Luiz Guilherme Marinoni, que explicita a possibilidade de o juiz, nos casos em que uma parte do pedido ou dos pedidos se torne incontroversa, conceder desde logo a esse respeito a tutela antecipada. Esta sugestão apresenta-se consentânea com as preocupações de eficiência do novo processo civil.

4.1 Breves Considerações

Como dito acima, a concessão da tutela antecipada de evidência dá-se pela incontravérsia de um ou mais dos pedidos cumulados (ou parcela deles).

O pedido incontroverso é aquele que é reconhecido ou não impugnado, podendo ocorrer quando, havendo a cumulação de pedidos, o réu impugna apenas um deles.

É o mesmo que pensarmos se houvesse duas ações distintas com pedidos apresentados de forma separada, sendo que a falta de impugnação específica dos fatos pode acarretar no julgamento antecipado da lide ou até na resolução de mérito por reconhecimento do pedido.

Sobre o tema, o doutrinador José Henrique Mouta Araújo cita o seguinte exemplo para melhor visualização do acima disposto:

Apenas para melhor aclarar as idéias. Imagine-se uma demanda movida por A em face de B, com a cumulação simples de pedidos 1, 2 e 3. O réu, na contestação, impugna apenas o pedido 1 e 2, inclusive, suscitando fatos, não aproveitáveis ao pedido incontroverso, que devem ser objeto da fase instrutória. Por que não se permitir a antecipação do julgamento da própria tutela (do próprio pedido) envolvendo o n. 3? Imagine que fosse um balão onde existem três instrumentos pesados que dificultam o alcance da altitude ideal. Por que não se permitir que se retire do balão o peso que não será mais necessário, deixando apenas a bordo aqueles que ainda serão utilizados? (ARAÚJO, 2004, p. 217)

Ora, na hipótese de um dos pedidos restar incontroverso, é dever do juiz antecipá-lo, de forma definitiva, diminuindo, assim, o ônus decorrente da demora da prestação jurisdicional.

Esta forma de antecipação de tutela foi instituída com o intuito de municiar o magistrado de uma técnica processual que lhe permita, assim que esclarecidos determinados fatos relevantes, ou seja, quando estiver madura para julgamento; a prestação jurisdicional em tempo razoável.

Sobre o tema, Teori Zavaski (2002, p. 30-31) leciona que tal instituto visa a priorizar a celeridade da prestação jurisdicional, em respeito ao princípio

constitucional da efetividade do processo, que impõe ao Estado a necessidade prontas respostas às demandas que lhe são endereçadas.

Registre-se que a tutela antecipada de evidência encontra-se amparada, principalmente, em dois dispositivos do Código de Processo Civil, quais sejam, os artigos 333⁵ e 334⁶, que rezam sobre a regra de distribuição do ônus da prova e os fatos que não dependem de prova, respectivamente.

Desta forma, portanto, é possível afirmar que o direito é evidente – daí a denominação sugerida por Marinoni – quando se sustenta por si só, independentemente da necessidade de tempo para a produção de provas ou até mesmo para constituí-la. Em outras palavras: não necessitam de dilação probatória.

Como se vê, quando da concessão da tutela antecipada de evidência, diferentemente das outras hipóteses, não mais consiste em cognição sumária, mas, sim, em cognição exauriente.

No entanto, grande parte da doutrina presa à sua topologia, pelo que afirmar que tal instituto seria apenas antecipação de tutela, trazendo, assim, sua provisoriedade e, conseqüentemente, passível de modificação à qualquer termo, não constituindo, assim, coisa julgada material.

Ora, não se deve ater unicamente à sua localização no CPC, mas, sim, à sua natureza jurídica.

Neste contexto, assim ensina Fredie Didier Jr:

⁵ Art. 333. O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

⁶ 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.

A mais importante observação que se deve fazer sobre o novo § 6º do art. 273 diz respeito à sua natureza jurídica: não se trata de tutela antecipada, se sim resolução parcial da lide (mérito). A topologia do instituto está equivocada. Não é antecipação dos efeitos da tutela, mas emissão da própria solução judicial definitiva, fundada em cognição exauriente e apta, inclusive, a ficar imune com a coisa julgada material. E, por ser definitiva, desgarra-se da demanda que resta a ser julgada, tornando-se decisão absolutamente autônoma: o magistrado não precisa confirmá-la em decisão futura, que somente poderá examinar o que ainda não tiver sido apreciado. [...] Não se trata de tutela de urgência, muito menos provisória. Os únicos requisitos para a sua aplicação são: a) a incontrovérsia de pedido formulado, ou de parcela dele; b) a desnecessidade de prova em audiência para determinado pedido, ou parcela dele. [...] Trata-se, na verdade, de mais uma modalidade de “julgamento conforme o estado do processo” (arts. 329 a 331 do CPC). Eis sua topografia ideal.” (DIDIER JR, 2002, p. 716)

Assim também é o entendimento de Leonardo José Carneiro da Cunha (2003, p. 116), o qual defende que, na hipótese do art. 273, § 6º, do CPC, ainda que não finde o processo, haverá julgamento acerca de parte do mérito, vez que decidido um dos pedidos ou parte deles. Desta forma, haverá juízo de certeza, fundado em cognição exauriente, suscetível, portanto, de coisa julgada material.

4.2 A tutela antecipada de evidência e a entrega tempestiva da prestação jurisdicional

Como dito acima, a tutela antecipada do direito evidente perfaz-se de uma técnica processual que prioriza a efetividade da prestação jurisdicional, visando equilibrar a relação jurídica processual.

Acontece que o tempo é o maior inimigo dos litigantes, em especial ao autor, parte que movimenta a máquina do judiciário.

Conforme prescreve o artigo 333 do CPC, o *onus probandi* compete a quem tem o dever de provar os fatos constitutivos (autor), extintivos, modificativos ou

impeditivos (réu) de direito. E, nem sempre, tais provas são pré-constituídas, pelo que se faz necessária a instrução probatória para tanto.

O grande problema reside nas situações em que o réu utiliza-se da dilação probatória para retardar o andamento do processo, deixando, assim, o feito mais oneroso para o autor.

Daí porque é imprescindível que a ampla instrução probatória só pode ser admitida quando a produção de provas for extremamente necessária ao correto deslinde da lide, do contrário, estar-se-á protelando o feito e, conseqüentemente, violando a garantia constitucional que defende a entrega da tutela jurisdicional tempestiva.

Neste contexto, veja-se, pois, os ensinamentos do doutrinador Luiz Guilherme Marinoni:

Quando o fato constitutivo é incontroverso, é correto supor que o réu pode retardar a realização do direito apenas alegando a necessidade da demonstração de fatos em relação aos quais o ônus da prova é seu. Se o réu tem direito à produção da prova, o autor não pode ser prejudicado pelo tempo necessário à elucidação de uma defesa de mérito indireta infundada. Quando a defesa não controverte o fato constitutivo, e é infundada, o tempo necessário para a produção da prova deve constituir ônus do réu. (MARINONI, 2006, p. 235).

Nos termos do inciso LXXVIII do artigo 5º da Carta Magna de 1988, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação, porém, a realidade nem sempre é esta.

Pelo contrário, atualmente, o Judiciário é lento, o que frustra aquele que busca o seu direito, levando o mesmo a descreer na justiça.

A doutrinadora Rogéria Dotti Dória (2003, p. 80) ressalta que, em razão das formalidades do processo civil brasileiro, as partes acabam por aguardar por

muito tempo a análise e julgamento das questões postas em juízo, o que aumenta a insatisfação dos jurisdicionados.

E, com certeza, um dos principais motivos para tais entraves é a necessidade de uma instrução probatória extremamente longa.

Diante disso, para evitar tal procrastinação desnecessária é que deve-se aplicar, quando cabível, a técnica da antecipação da tutela de evidência.

Desta forma, se parcela do pedido ou do direito restar evidente, seja pelas provas já presentes no processo, seja pela incontrovérsia, e o juiz já possuir cognição definida, não há óbice para que este o decida desde logo, não precisando, assim, aguardar o amadurecimento dos demais pedidos.

Neste contexto, se o legislador concede ao autor a prerrogativa de cumular pedidos em ação única, em respeito ao princípio da economia processual, é certo que, também, ao juiz deve-se conceder tal vantagem caso este já tenha formado seu juízo quanto a parcela dos pedidos.

Desta maneira, além de elidir a demora na resolução dos conflitos, entregando de forma tempestiva o bem da vida, estar-se-á, também, trazendo o equilíbrio à relação jurídica processual, uma vez que não haverá mais motivos para que o réu utilize-se de subterfúgios procrastinatórios.

Assim, a prestação jurisdicional, além de efetiva, será tempestiva, que, por diversas vezes, é o fator mais importante aos litigantes que necessitam de uma resposta do Poder Judiciário.

4.3. Natureza jurídica da decisão que concede a antecipação da tutela na parte incontroversa da demanda (art. 273, § 6º do CPC)

Como já mencionado neste estudo, muito se discute quanto à decisão proferida com base no § 6º do artigo 273 do Código de Processo Civil.

E, com certeza, a mais divergente refere-se quanto a natureza jurídica desse provimento jurisdicional.

Neste íterim, algumas dúvidas pontuais e controversas são muito discutidas pela doutrina. Tal instituto é uma antecipação de tutela ou julgamento antecipado da lide? É decisão interlocutória ou sentença? Qual seria o recurso cabível? E a sua eficácia? Faz coisa julgada?

4.3.1. Antecipação de tutela ou julgamento antecipado da lide?

Antes de responder esta questão, importante analisar a intenção de Marinoni quando da reforma do Código de Processo Civil.

O doutrinador José Henrique Mouta Araújo, ao estudar o tema, assim assentou:

Cumprir afirmar, sem medo de errar, que a alteração baseada nas lições de Marinoni não consagra os mesmos requisitos da antecipação de efeitos da tutela, mas sim um verdadeiro julgamento antecipado de parte do pedido (Julgamento Antecipado da Lide parcial — JAL parcial), necessitando, portanto, a reformulação dos pensamentos clássicos quanto à indivisibilidade da decisão e a revogabilidade do provimento antecipatório. (ARAUJO, 2004, p. 206)

Como se vê, os ensinamentos de Marinoni trouxeram ao âmbito processual a ideia de fracionamento de julgamentos que, até então, não era

permitido pelo Código de Processo Civil, o qual trazia a impossibilidade de cisão das decisões judiciais.

Partindo-se da premissa de que a decisão proferida com base do § 6º do artigo 273 do Código de Processo Civil perfaz-se de fracionamento de julgamentos, importa saber se tal decisão é de cognição sumária ou exauriente.

E o próprio Marinoni responde este questionamento:

O juiz, quando decide com base em cognição sumária, não declara a existência ou a inexistência de um direito — o juízo sumário é de mera probabilidade. O juiz, quando afirma que um direito é provável, aceita, implicitamente, a possibilidade de que o direito, que foi reconhecido como provável, possa não ser declarado existente ao final do processo de conhecimento. Isto porque o desenvolvimento do contraditório, com a produção de novas provas, pode fazer com que o julgador chegue a uma conclusão diversa a respeito do direito que foi suposto provável. A revogação da tutela, assim, somente tem cabimento quando o direito ainda não foi declarado. No caso de tutela antecipatória mediante o julgamento antecipado de um dos pedidos cumulados há juízo de cognição exauriente; a ela não se aplica, portanto, o §4º do art. 273. Na verdade, a referida norma deve ser lida da seguinte forma: 'A tutela antecipada, quando fundada em cognição sumária, poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada. (MARINONI, 2000, p. 163)

Como se vê, a intenção de Marinoni foi de que tal dispositivo não se trata de mera antecipação dos efeitos da tutela baseada em cognição sumária, mas, sim de julgamento parcial do pedido, com base em cognição exauriente.

Tanto é assim que não se aplicaria a característica da revogabilidade à tal provimento jurisdicional.

Acontece que a conclusão não é tão simples assim.

Isto porque a doutrina e a jurisprudência têm divergido quanto a natureza jurídica desta decisão que decide parcela (do mérito?) da lide. Daí duas grandes correntes doutrinárias surgiram no direito brasileiro.

A primeira corrente defende que tal decisão é antecipação de tutela em sua essência, ou seja, é provisória e baseada em juízo de cognição sumária.

Comungam desta corrente Cândido Rangel Dinamarco e Athos Gusmão Carneiro, dentre outros.

Neste contexto, o Ministro Athos Gusmão Carneiro (2002, p. 60) assenta que tal decisão (que concede a tutela antecipada de evidência) deverá ser confirmada, ou não, na sentença a ser prolatada após o contraditório pleno.

Desta forma, para tais doutrinadores tal decisão seria apenas mais uma forma de antecipação de tutela, sem especificidades processuais.

Já a segunda corrente, da qual fazem parte Fredie Didier Junior, Daniel Mitidiero, Flávio Cheim Jorge, Marcelo Abelha Rodrigues e, como visto, Luiz Guilherme Marinoni, sustenta que tal decisão, por ser de cognição exauriente, seria um julgamento antecipado da lide e, portanto, capaz de resolver o mérito quanto ao pedido incontroverso.

Sobre o tema assim ensinam os professores Flávio Cheim Jorge, Marcelo Abelha Rodrigues e Fredie Didier Júnior:

Não é antecipação dos efeitos da tutela, mas emissão da própria solução judicial definitiva, fundada em cognição exauriente e apta, inclusive, a ficar imune com a coisa julgada material. E, por ser definitiva, descarrega-se da parte da demanda que resta a ser julgada, tornando-se decisão absolutamente autônoma: o magistrado não precisa confirmá-la em decisão futura, que somente poderá examinar o que ainda não tiver sido apreciado. (JORGE, RODRIGUES E DIDIER JR, 2003, p. 72)

Diante disso, é possível concluir que para tais doutrinadores, que a decisão em questão não é antecipação de tutela, mas, sim, o próprio julgamento do mérito de forma antecipada.

Como se vê, citados doutrinadores vão mais além, pelo que afirmam que a decisão proferida com base no § 6º do artigo 273 do CPC é apta de, desde logo, constituir coisa julgada material, assunto este que será tratado posteriormente.

Assim, o magistrado não precisaria confirmar a sua concessão quando da prolação da sentença (final). Aliás, o juiz sequer poderia modificá-la ou revogá-la.

Para estes doutrinadores, neste caso, por tutela antecipada deve-se entender a entrega definitiva da pretensão autora, através de prestação jurisdicional de mérito.

Desta forma, tal instituto distingue-se da antecipação de tutela “pura” pela ausência dos requisitos demonstrados anteriormente, os quais, por sua vez, dão lugar, apenas, à incontrovérsia.

Isto, nas palavras de Dinamarco (2003, p. 95) significa que não haverá a necessidade de um confronto de afirmações relativas aos fatos trazidos pelo autor da demanda.

Dinamarco também ensina que:

Quando essa incontrovérsia abranger todos os fatos relevantes para julgar o *meritum causae*, daí decorre a total desnecessidade de provar e o juiz estará autorizado a antecipar o próprio julgamento da causa, mediante sentença e não em termos de tutela antecipada (art. 330,I). (DINAMARCO, 1998, p. 96)

Atualmente, tendo em vista a rápida evolução do processo civil, bem como a reforma do código que se avizinha, a segunda corrente, que defende ser decisão de cognição exauriente, tende a ser a mais aceita pela doutrina e pela jurisprudência.

Tanto é assim que muitos doutrinadores afirmam que o § 6º do artigo 273 deveria ser um artigo autônomo, e não apenas um parágrafo, haja vista que seus requisitos e as consequências jurídicas são totalmente diferentes.

Neste sentido são os ensinamentos de Pedro Luiz Pozza:

Desta forma, o bom seria que o legislador tivesse posto o citado parágrafo 6º em artigo separado, logo após 273, ou então ressalvado expressamente que, para a sua efetivação, não seria observado o disposto, nem no caput do art. 273, nem haveria a exigência de observar-se o disposto no art. 588, ambos do CPC. Essa, quem sabe, é uma tarefa da doutrina e jurisprudência, que poderão dar a esse novo dispositivo legal a interpretação adequada para a mais rápida solução dos litígios. (POZZA, 2003, p. 99)

4.3.2. Decisão interlocutória de mérito ou uma sentença parcial?

Como já mencionado acima, outro questionamento cuja resposta diverge na doutrina é se o provimento jurisdicional que concede a tutela antecipada de evidência, ou seja, da parte incontroversa da demanda é uma decisão interlocutória de mérito ou uma sentença parcial.

Grande parcela da doutrina, em especial os mais conservadores, tem interpretado que o ato judicial em questão, seja por questões procedimentais, topológicas ou por falta de previsão legal, perfaz-se de uma decisão interlocutória.

Este entendimento mais conservador, também, é baseado no dogma de que a sentença é única e não pode ser dividida, além do que é proferida ao final do processo para resolver a lide.

Este entendimento mais tradicionalista é visto com pesares pela doutrina contemporânea, pois não seria incompatível com a efetividade almejada através da antecipação da tutela de parte incontroversa.

Por exemplo, caso entenda-se pela decisão interlocutória, seria cabível para dar efetividade a tal provimento uma execução provisória, o que não atenderia os anseios do autor de forma efetiva, vez que estaria impedido de, desde já, usufruir em definitivo do bem da vida ou, pelo menos, de parte dele.

Em outras palavras: de qualquer forma, a análise do mérito seria postergada para quando da prolação da sentença.

Daí surge a ideia de uma decisão interlocutória de mérito, ainda muito contestada pela doutrina e jurisprudência.

Defendendo a possibilidade de uma decisão interlocutória de mérito, temos o doutrinador José Roberto dos Santos Bedaque:

[...] e como a falta de impugnação específica gera consequências semelhantes às da revelia (CPC, art. 302), deveria haver permissão para que, em relação ao pedido incontroverso, houvesse verdadeiro julgamento antecipado nos moldes do art. 330. Teríamos hipótese de decisão interlocutória de mérito, perfeitamente compatível com o sistema processual, que define os atos decisórios não pelo conteúdo, mas pelos efeitos gerados no processo (art. 262). (BEDAQUE, 2004, p. 337)

No mesmo norte, leciona Figueira Júnior:

A decisão judicial concessiva dos efeitos fáticos, nada obstante interlocutória (de mérito) não será provisional, mas satisfativa, definitiva. Nesse caso, estamos diante, na realidade, não de tutela antecipada, mas de verdadeiro julgamento antecipado e fracionado da lide, com execução imediata da decisão em sua parte incontroversa. (FIGUEIRA JR, 2002, p. 94)

No entanto, como poderia uma decisão interlocutória resolver mérito? Via de regra, decisão interlocutória tem caráter de cognição sumária, daí como afirmar que tal provimento teria eficácia desde logo?

O professor José Henrique Mouta Araujo afirma que já existia no direito processual:

Da mesma forma, o conceito de decisão interlocutória de mérito também já existia no nosso direito processual, como, vg, nos casos de indeferimento da inicial da reconvenção ou da denunciação da lide em face da decadência, extinguindo o processo com julgamento de mérito (art. 269, IV c/c 295, IV). (ARAUJO, 2004, p. 235)

No entanto ainda é muito difícil de transpor o entendimento de que uma decisão interlocutória é provisória, daí porque outra parte da doutrina defende ser o provimento jurisdicional de antecipa a tutela da parte incontroversa uma sentença parcial.

Esta ideia ganhou força a partir da alteração do conceito de sentença, como não sendo mais, tão somente, o provimento que encerra o processo.

Como é cediço, a redação original do artigo 162, § 1º do Código de Processo Civil dava a ideia de que a sentença era a manifestação do magistrado colocava fim ao processo em primeiro grau de jurisdição.

Este conceito era muito criticado pela doutrina, tanto que, com a lei n.º 11.232/2005 houve uma reformulação sobre o que seria a sentença, passando a ser aquele ato que implica alguma das situações previstas nos artigos 267 e 269 do CPC.

A partir daí surge a ideia de que seria possível o fracionamento do mérito através de uma sentença parcial.

A ideia de sentença está estritamente ligada ao exame do pedido sem que para isso seja necessária a extinção do processo. Logo, havendo a possibilidade de apreciação do mérito em momentos distintos do feito, com o intuito de dar efetividade à prestação jurisdicional, seria cabível a sentença parcial.

Neste sentido é a lição de Chiovenda (2000, p. 279): “toda sentença que se pronuncia sobre uma das demandas, ou sobre parte da demanda, é definitiva, conquanto parcial.” Por outras palavras: sendo a decisão judicial calcada em um dos incisos do artigo 269 do CPC, haverá, conseqüentemente, resolução de mérito e, portanto, trata-se de sentença parcial de mérito.

Como se vê, ambas as teorias geram efeitos positivos e negativos no âmbito processual. Porém, o que se deve ter em mente é a efetividade da medida judicial, seja ela provisória ou definitiva.

4.3.3. Qual o recurso cabível?

Há dúvidas quanto ao recurso cabível em face da decisão proferida com base no § 6º do art. 273 do CPC, pois, como vista acima, apesar de resolver o mérito quanto ao pedido incontroverso (ou parte dele), não põe fim ao processo.

Pois bem, como é cediço, nos termos do artigo 513⁷ do Código de Processo Civil, da sentença caberá apelação e, conforme dispõe o artigo 522⁸ do mesmo diploma, das decisões interlocutórias caberá agravo, na forma retida ou por instrumento.

Neste contexto, tendo em vista o princípio da correspondência recursal, para cada situação decisória caberá um recurso específico.

Daí porque a importância de estabelecer-se a natureza jurídica da decisão que concede a antecipação de tutela de direito evidente.

⁷ Art. 513. Da sentença caberá apelação (arts. 267 e 269).

⁸ Art. 522. Das decisões interlocutórias caberá agravo, no prazo de 10 (dez) dias, na forma retida, salvo quando se tratar de decisão suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação, bem como nos casos de inadmissão da apelação e nos relativos aos efeitos em que a apelação é recebida, quando será admitida a sua interposição por instrumento

Como dito acima, duas são as correntes doutrinárias quanto a natureza jurídica da decisão proferida com base no artigo 273, § 6º do CPC, bem como, também, são duas as correntes quanto a sua forma, se é uma sentença parcial de mérito ou uma decisão interlocutória de mérito. E tal cenário reflete diretamente quando do estudo do recurso cabível.

À parcela da doutrina que considera tal provimento como sentença parcial de mérito, à primeira vista, conclui-se, por lógica, que o recurso cabível é o de apelação.

Acontece que, por questões procedimentais, a interposição de apelação constituiria verdadeiro óbice à realização dos princípios da efetividade e da celeridade da prestação jurisdicional, uma vez que os autos devem subir ao tribunal, o que impediria um andamento regular dos atos processuais.

Neste contexto, veja-se, pois, a palavras de Bruno Silveira de Oliveira:

A paralisação do procedimento a quo é simplesmente injustificável, porque desgarrada de todos os valores e princípios que autorizam a própria instituição do julgamento antecipado: a celeridade e a efetividade processuais que essa técnica proporciona. O que se ganharia em termos de efetividade e celeridade quanto ao capítulo julgado antecipadamente, perder-se-ia em dobro no que concerne àqueles pendentes de julgamento (e grotescamente paralisados, por ausência de autos). (B. S. OLIVEIRA, 2007, p. 133).

Desta forma, a subida dos autos ao tribunal para o julgamento da apelação, ao contrário do instituto ora estudado, acabará por prejudicar o bom andamento do processo.

Todo o tempo que se poupou, ou até mais, com a concessão da antecipação do direito evidente será gasto com o julgamento da apelação.

Para este entrave, duas são as “saídas” propostas pela doutrina. A primeira delas, segundo Jorge de Oliveira Vargas (2007, p. 116-117), dá-se através

da extração de autos suplementares do processo, separando-se, assim, a parte pertinente para subida ao tribunal.

Já a segunda “saída”, defendida por considerável parcela da doutrina, seria através de apelações manejadas por instrumento próprio (fotocópia de parcela dos autos indispensável à compreensão da matéria), permanecendo os autos originais em primeiro grau para que o mesmo possa prosseguir no tocante aos demais pontos ainda não decididos.

Acontece que, além de inovar o ordenamento jurídico, a “apelação por instrumento”, ofenderia de forma direta o princípio da taxatividade ao rol dos recursos.

No entanto, há quem afirma que mudança sugerida não constitui-se de uma nova modalidade de recurso, mas, sim, uma mera adaptação necessária à correta implementação da disciplina das sentenças parciais de mérito e, por conseguinte, realização dos benefícios que representa no aperfeiçoamento da prestação jurisdicional.

Neste sentido, transcreve-se as palavras de Teresa Arruda Alvim Wambier:

Um caso interessantíssimo, a respeito do qual nós discutimos outro dia, é o seguinte: o art. 273, §6.º, diz que a antecipação de tutela pode ser concedida quando o pedido é incontroverso. A doutrina toda discute se quando o juiz faz isso ele está proferindo uma sentença ou está proferindo uma liminar, uma decisão interlocutória que depois pode modificar. Tenho a impressão de que vem prevalecendo, na doutrina principalmente, a idéia no sentido de que essa decisão é uma sentença. [...] Então surge, evidentemente, o problema do recurso. Se aquilo é sentença, qual o recurso cabível? [...] Sempre fui simpática a idéia de que poderia se pensar num agravo de instrumento com efeito suspensivo para que a situação ficasse equivalente à situação da apelação. Aí eu recebi um e-mail dizendo que há uma opinião aqui no Rio Grande do Sul, que é uma idéia de vanguarda. Recebi este e-mail relatando uma posição que teria sido criada aqui por um juiz de 1º grau e essa posição, num primeiro momento, me deixou extremamente abalada. E o que o juiz propõe?

Ele propõe que a parte impugne essa decisão por meio de uma “apelação por instrumento”. Quando eu escutei essa expressão “apelação por instrumento” eu me assustei. Eu coloquei essa idéia debaixo do travesseiro, pensei melhor, pensei sob essa ótica muito contemporânea de se analisar o Direito Processual, a partir de uma perspectiva constitucional, do Princípio da Isonomia e realmente cheguei à conclusão de que essa é a melhor solução. (T. A. A. WAMBIER, 2007, p. 252)

Em diante, tem-se, conforme grande parte da doutrina, que a decisão em questão seria uma decisão interlocutória de mérito e, portanto, sem maiores implicações, suscetível à agravo de instrumento.

No entanto, assim como no recurso de apelação, a interposição de agravo de instrumento também acarreta em questionamentos.

Isto porque estar-se-á combatendo mérito através de recurso que, em tese, não é o apropriado para tanto.

Além disso, o agravo de instrumento tem amplitude impugnativa mais restrita do que no recurso de apelação.

Diante disso, segundo Daniel Mitidiero (2006, p. 08), o agravo de instrumento interposto em face da decisão em questão deveria possuir as características pertinentes ao recurso de apelação. Daí deveria ser admitido embargos infringentes na forma do artigo 530 do CPC, assim como a sustentação oral (artigo 554 do CPC), sendo necessário revisor (artigo 551 do CPC) e, podendo, inclusive, fazer coisa julgada (artigo 485 do CPC).

No ordenamento jurídico atual, a ideia de “apelação por instrumento” ainda não é uma unanimidade, pelo que, tem-se utilizado o agravo de instrumento para impugnar a decisão objeto do presente estudo.

Aliás, tendo em vista que ainda há resistência quanto ao recurso cabível, deve-se, por cautelar, adotar-se o princípio da fungibilidade dos recursos, sempre, é claro, que respeitados seus requisitos mínimos.

4.3.4. Eficácia do provimento jurisdicional que concede a tutela antecipada na parte incontroversa da demanda. Faz coisa julgada?

Outro questionamento que surge ao estudar-se o artigo 273, § 6º do CPC é quanto a sua eficácia. Qual a espécie de execução aplicável ao caso. Seria execução provisória ou definitiva? Além disso, tal decisão faz coisa julgada.

Como visto neste estudo, duas são as correntes no que diz respeito a natureza jurídica de tal provimento jurisdicional. Uma afirma ser antecipação de tutela e a outra julgamento antecipado da lide.

Pois bem, aos que afirmam ser antecipação de tutela, quanto à execução, aplica-se a regra cabível à espécie, qual seja, execução provisória, atendo-se às regras contidas nos artigos 273, § 3º c/c 475-O, ambos do Código de Processo Civil. Desta forma, a parte exequente incorrerá no ônus pertinente ao caso.

No entanto, como debatido no presente estudo, não está-se diante de uma decisão provisória, uma vez que a incontroversa traz o direito discutido ao campo a certeza, mas, sim, uma verdadeira decisão parcial do mérito com força de julgamento antecipado.

Assim, não poderia o magistrado alterar tal situação quando da sentença final, sendo que a única oportunidade seria através do recurso.

Conclui-se, portanto, que, não havendo a interposição do recurso, tal decisão transitaria em julgado, passível de execução definitiva.

Registre-se que a decisão que concede a tutela do direito evidente, por ser de mérito, estaria apta a fazer coisa julgada material. Neste contexto, eis os ensinamentos de José Henrique Mouta Araujo:

Nesse momento, é necessário, mais uma vez, enfrentar a seguinte indagação: trata-se de mais uma modalidade de antecipação (de efeitos) da tutela? Evidentemente que não, por várias razões: a uma, pelo fato de que não é baseada em cognição sumária, mas exauriente; a duas, porque não se aplica o requisito negativo da tutela antecipada (perigo de irreversibilidade), a três pelo fato de que é tutela definitiva, inclusive com força de coisa julgada, não permitindo a sua revogabilidade e, por fim, a execução da decisão não será provisória e sim definitiva, não se aplicando o art. 588 do CPC. (ARAUJO, 2004, p. 228)

Neste contexto, faz-se necessário transcrever os ensinamentos de Nelson

Nery Junior:

Diferente é a situação frente à sistemática da ação rescisória, que entre nós não é recurso, mas ação autônoma de impugnação, e que tem a matéria objeto do pronunciamento judicial como relevante para sua admissibilidade. Aqui sim a 'divisibilidade' do ato judicial é reclamada como fator importante, impondo-se a aplicação da doutrina do pronunciamento judicial objetivamente complexo com maior intensidade. Bastaria supor, por exemplo, que, por intermédio de mesmo ato processual, o juiz julgue a pretensão improcedente quanto ao co-autor B, por entende que relativamente a este, teria se operado a decadência (art. 269, IV, CPC) e saneie o processo repelindo as demais preliminares e designando audiência de instrução e julgamento. Pergunta-se: qual a natureza desse pronunciamento judicial? Seria ajuizável, a partir do trânsito em julgado desse ato, a respectiva ação rescisória, mesmo que o magistrado não haja, ainda, proferido sentença relativamente às partes remanescentes (co-autor A e réu C)? (NERY JR, 2000, p. 102/103)

Mais a frente, em seu obra, o professor Nelson Nery Junior responde tal

questionamento:

Seguindo essas considerações, pode-se falar que a decisão interlocutória é objetivamente complexa, já que em seus vários capítulos foram resolvidas questão de mérito (decadência) e outras questões incidentes. De consequência, pode ser cindida para efeitos de propositura da ação rescisória. Ao co-autor B estaria aberta, a partir do trânsito em julgado da decisão interlocutória que pronunciou em seu desfavor a decadência, a via excepcional da ação rescisória. Isto seria possível, ainda que não terminado o processo entre as partes remanescentes (co-autor A e réu C). Não haveria litispendência, pois não seriam idênticas as ações, e poderiam ser

cumulados os juízos rescindendo e rescisório. (NERY JR, 2000, p. 106)

Como se vê do raciocínio Nelson Nery Junior, o qual pode ser aplicado ao artigo 273, §6º, do CPC, a decisão que resolve o mérito de forma parcial, não havendo a interposição de recurso, faz coisa julgada.

Acontece que, atualmente, este não é o entendimento compartilhado pelo E. Superior Tribunal de Justiça, o qual, por algumas vezes, assentou pela não possibilidade do chamado trânsito em julgado parcial. Assim concluiu o STJ no julgamento do EREsp n.º 404.777: “sendo a ação uma e indivisível, não há que se falar em fracionamento da sentença/acórdão, o que afasta a possibilidade do seu trânsito em julgado parcial”⁹.

Neste mesmo sentido, os acórdãos do EREsp n.º 441.252: “já decidiu esta Colenda Corte Superior que a sentença é una, indivisível e só transita em julgado como um todo após decorrido *in albis* o prazo para a interposição do último recurso cabível”¹⁰.

Ressalta-se que tais precedentes tiveram como objeto a questão do início do prazo decadencial para o ajuizamento de ação rescisória, tanto que basearam a elaboração da Súmula 401 do STJ, que assim dispõe: “o prazo decadencial da ação rescisória só se inicia quando não for cabível qualquer recurso do último pronunciamento judicial”.

Para o judiciário, o que ocorreria, então, seria a preclusão quanto a decisão em questão, não havendo a possibilidade de impugnação.

Neste contexto as palavras do ex-Ministro Francisco Peçanha Martins quando do julgamento do já citado EREsp n.º 404.777:

⁹ EREsp 404777/DF, Rel. Ministro FONTES DE ALENCAR, Rel. p/ Acórdão Ministro FRANCISCO PEÇANHA MARTINS, CORTE ESPECIAL, julgado em 03/12/2003, DJ 11/04/2005, p. 169

¹⁰ EREsp 441252/CE, Rel. Ministro GILSON DIPP, CORTE ESPECIAL, julgado em 29/06/2005, DJ 18/12/2006, p. 276

A coisa julgada em meio ao processo, a chamada coisa julgada formal, que, na verdade, é preclusão (art. 473/CPC), não constitui coisa julgada material, e nem poderia, porque o processo é um caminhar para a frente, e não se pode imaginar que a parte irrecorrida da sentença pudesse constituir coisa julgada oponível às partes. Não é essa a coisa julgada consagrada na Constituição ou na Lei de Introdução e no CPC. Coisa julgada material é a sentença de que não cabe mais recurso, e sentença é ato que põe termo ao processo (art. 162, § 1º do CPC).

Acontece que quando se vislumbra a possibilidade de trânsito em julgado parcial, se vislumbra, também, a possibilidade mais de uma ação rescisória envolvendo um mesmo processo. Este pensamento está correto?

Em seu Tratado da Ação Rescisória, Pontes de Miranda já defendia a possibilidade do trânsito em julgado parcial, bem como a possibilidade de mais de uma ação rescisória para um único processo:

A “ação rescisória” contra quem foi vitorioso nos pontos *a* e *b*, na primeira instância, com trânsito em julgado por se não haver recorrido, ou não se ter conhecido do recurso interposto, e nos pontos *c*, *d* e *e*, na superior instância, porque se conheceu do recurso e se confirmou ou se reformou a sentença em tais pontos, tem de ser proposta em duas ações, porque não é uma só ação rescisória. Há tantas ações rescisórias quantas as decisões transitadas em julgada em diferentes juízes. (MIRANDA, 1976, p. 353)

Neste sentido, também é o entendimento de Barbosa Moreira (2006, p. 218), tanto que sustenta se partes distintas da sentença transitaram em julgado em momentos distintos, o prazo decadencial de cada uma destas iniciar-se-á quando do seu trânsito.

Porém, a atual jurisprudência possui entendimento diverso, pelo que caberia apenas uma ação rescisória.

Tanto é assim que o Superior Tribunal de Justiça redigiu a já citada Súmula 401, que assim dispõe: “O prazo decadencial da ação rescisória só se inicia quando não for cabível qualquer recurso do último pronunciamento judicial”.

Pois bem, por fim, estendemos que não há motivos para petrificar tal provimento jurisdicional, condicionando sua eficácia à conclusão do processo, em desprestígio ao próprio instituto que visa a celeridade e eficácia. Daí porque há que se instituir a coisa julgada material após o prazo regulamentar.

Ora, haja vista que o autor terá seu direito reconhecido, nada mais justo do que prover-lhe de meios aptos a lhe proporcionar o efetivo cumprimento da decisão.

Como visto, a decisão em questão resolve o mérito, pelo que comporta, sim, o trânsito em julgado e, conseqüentemente, a execução definitiva e imediata, salvo na hipótese de interposição de recurso.

Neste sentido é a opinião de Joel Dias Figueira Júnior:

Se a antecipação da tutela tomou como fundamento o reconhecimento parcial do pedido, ou, no caso de cumulação de ações, o reconhecimento integral de uma das demandas, a decisão judicial concessiva dos efeitos fáticos, nada obstante interlocutória (de mérito), não será provisional, mas satisfativa definitiva, sendo impossível, por conseguinte, o juiz modificar o conteúdo decisório, quando da prolação da sentença de mérito. Nesse caso, estamos diante, na realidade, não de tutela antecipada, mas de verdadeiro julgamento antecipado e fracionado da lide, com execução imediata da decisão em sua parte incontroversa, decorrente do reconhecimento do pedido (parcial) ou integral das ações cumuladas. (FIGUEIRA JR, 2002, p.94)

No caso de interposição de recurso dotado de efeito suspensivo, a execução ficará suspensa até a decisão final do tribunal. Aliás, caso a parte julgue necessário, aí sim poderá executar a decisão de forma provisória e como dita acima, incorrendo no ônus pertinente.

Desta feita, conclui-se que, com o trânsito em julgado da decisão, a execução será imediata. Porém, caso haja a interposição de recurso dotado de efeito suspensivo, poderá a parte intentar com a execução provisória.

5. TUTELA ANTECIPADA NA PARTE INCONTROVERSA DA DEMANDA E AS INOVAÇÕES TRAZIDAS PELO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL – BREVES COMENTÁRIOS

Como é de conhecimento comum, um Novo Código de Processo Civil está sendo elaborado. Atualmente, o Projeto de Lei que versa sobre o doravante chamado NCPC, após as alterações realizadas pelo Senado Federal, atualmente, encontra-se na Câmara dos Deputados, a qual já está finalizando sua análise, pelo que, nos próximos meses, os cidadãos terão acesso ao seu teor.

O NCPC tem por principal objetivo trazer mais celeridade ao processo, que, infelizmente, demora anos para ser resolvido.

Pois bem, e quais as novidades que serão implementadas no tocante ao tema do presente estudo?

A primeira grande inovação diz respeito ao reconhecimento da tutela do pedido incontroverso como hipótese de tutela da evidência.

Sua previsão no substitutivo apresentado pelo Senado Federal encontra-se positivado no artigo 278 e tem o seguinte teor:

Art. 278. Será dispensada a demonstração de risco de dano irreparável ou de difícil reparação quando:

I - ficar caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do requerido;

II - um ou mais dos pedidos cumulados ou parcela deles mostrar-se incontroverso, caso em que a solução será definitiva;

III - a inicial for instruída com prova documental irrefutável do direito alegado pelo autor a que o réu não oponha prova inequívoca; ou

IV - a matéria for unicamente de direito e houver jurisprudência firmada em julgamento de casos repetitivos ou súmula vinculante.

Parágrafo único. Independente igualmente de prévia comprovação de risco de dano a ordem liminar, sob cominação de multa diária, de entrega do objeto custodiado, sempre que o autor fundar seu pedido reipersecutório em prova documental adequada do depósito legal ou convencional.

Como se vê, foi dada maior amplitude ao instituto, pelo que foi acrescido as hipóteses de provas irrefutáveis e a conformidade com a jurisprudência firmada em casos repetitivos ou súmula vinculante.

Além disso, tal instituto deixa de ser, pelo menos em parte, uma forma de antecipação de tutela, tendo assim, mais caráter de antecipação do próprio objeto litigioso.

Outra inovação diz respeito ao recurso cabível.

Primeiramente, importante registrar que o NCPD acabou por admitir a possibilidade de decisões interlocutórias de mérito. E mais, ainda prescreve qual o recurso cabível para tanto.

Isso encontra-se positivado no artigo 969 do substitutivo apresentado pelo Senado Federal, que assim dispõe:

Art. 969. Cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre:

I – tutelas de urgência ou da evidência;

II – o mérito da causa;

III – rejeição da alegação de convenção de arbitragem;

IV – o incidente de resolução de desconsideração da personalidade jurídica;

V – a gratuidade de justiça;

VI – a exibição ou posse de documento ou coisa;

VII – exclusão de litisconsorte por ilegitimidade;

VIII – a limitação de litisconsórcio;

IX – a admissão ou inadmissão de intervenção de terceiros;

X – outros casos expressamente referidos em lei.

Parágrafo único. Também caberá agravo de instrumento contra decisões interlocutórias proferidas na fase de liquidação de sentença, cumprimento de sentença, no processo de execução e no processo de inventário.

O inciso II bem explicita a possibilidade haver decisões interlocutórias de mérito, as quais serão enfrentadas por agravo de instrumento.

E, a partir do momento em que o NCPD traz a possibilidade de decisões interlocutórias de mérito, acaba por consagrar a possibilidade de formação

progressiva da coisa julgada, o que, por consequência, acarretará na multiplicidade de momentos para o cumprimento destas decisões.

Isto porque, para a formação do título executivo, a natureza do provimento jurisdicional fica em segundo plano se comparada à sua consequência processual, diante do que, havendo conteúdo meritório e cognição suficiente para ensejar a execução, é possível e plenamente cabível a execução definitiva do mesmo.

Ora, a coisa julgada não ocorre apenas quando oriunda de uma sentença de mérito, haja vista que também haverá coisa julgada quando houve decisão de mérito com cognição suficiente.

Em suma, o NCPC, além de responder presentes indagações quando ao instituto ora estudado, trará mais amplitude ao mesmo, visando sempre a entrega tempestiva do bem da vida àquele que, visando o reconhecimento de seu direito, busca o Poder Judiciário que, atualmente, encontra-se tão desacreditado.

6. CONCLUSÃO

A sociedade, assim como os juristas clamam por um direito dinâmico, ágil, que conceda respostas quase que de imediato àquilo posto ao crivo judicial.

E, para tanto, todas as técnicas processuais que se mostrem compatíveis com os princípios e ideais constitucionais são bem vindos e merecem destaque na atual sistemática do processo civil.

Através da Lei n.º 10.444 de 2002, o instituto da antecipação da tutela foi aperfeiçoado com a inserção do § 6º ao artigo 273 do Código de Processo Civil, criando, assim, uma nova técnica que permite ao juiz antecipar a tutela pretendida pela parte autora, em razão da parcial incontrovérsia do objeto do feito.

Desta feita, verifica-se que o requisito autorizado da antecipação da tutela prevista no § 6º do artigo 273 do Código de Processo Civil, ao contrário da regra, não é perigo de dano irreparável ou de difícil reparação, mas sim o desaparecimento da controvérsia, pelo que não há que se aguardar o julgamento final do processo para que a parte alcance, ao menos em parte, o bem da vida.

Com a reforma advinda pela Lei n.º 11.232 de 2005, a qual alterou a significado de sentença, que, desde então, passou a ser caracterizada como provimento pelo qual o magistrado diz o direito, aplicando-se o artigo 267 ou o artigo 269, ambos do Código de Processo Civil, encerrando, assim, o primeiro grau de jurisdição; tornou-se possível, ao menos em tese, o fracionamento do mérito, o que rompeu o dogma do princípio da unidade e unicidade da prestação judicial.

Acontece que o citado fracionamento do mérito ainda é muito discutido, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, o que gera diversas divergências.

Dentre essas, está a natureza jurídica da decisão proferida com base no § 6º do artigo 273 do Código de Processo Civil. Seria mesmo esta uma antecipação da

tutela ou estar-se diante de uma antecipação do próprio julgamento da lide de forma parcial?

E a resposta a tal questionamento acarreta em diversas outras implicações no âmbito processual, tais como o recurso cabível e a sua própria eficácia.

Aos que sustentam ser esse provimento jurisdicional uma simples antecipação da tutela, não há muito que se discutir. Por outro lado, aos que afirmam se esta decisão um julgamento antecipado de parcela da lide, dentre os quais me posiciono, muito ainda há que se discutir, o que se mostra bastante salutar, pois acarreta em grandes inovações e novos pensamentos, os quais restaram abordados na reforma do Código de Processo Civil que se avizinha.

Pois bem, conclui-se, portanto, que o § 6º do artigo 273 do Código de Processo Civil autoriza o fracionamento do julgamento do processo, a qual se dá através de uma decisão interlocutória de mérito ou, como alguns preferem, por uma sentença parcial de mérito, de forma que a parte incontroversa do feito pode, desde logo, ser julgada, levando-se apenas a parte ainda controvertida à instrução probatória.

Ante a ausência de previsão legal, em face desta decisão cabe a interposição de agravo de instrumento, cujo tratamento e especificidades ainda se discute. No entanto, já restou autorizado em alguns estados brasileiros a interposição de apelação por instrumento.

Sendo decisão de mérito, estaria apta a fazer coisa julgada material, permitindo-se a sua execução definitiva.

No entanto, seja qual for o posicionamento jurídico quanto a natureza deste provimento, é certo que a tutela antecipada do direito evidente tornou possível a distribuição justa e equânime do ônus do tempo do processo, vez que a duração

do processo não pode prejudicar, tão somente, a parte autora possuidora da razão, o qual sofre não pode esperar a declaração de um direito ao final, sendo que há muito não é mais resistido.

Está-se no caminho certo em busca do processo célere, sem que para isso despreze-se a instrução eficiência e o justo julgamento.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, José Henrique Mouta. **Tutela antecipada do pedido incontroverso: estamos preparados para a nova sistemática processual?** Revista de processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 116. p. 207-230. 2004.

ASSIS, Araken. **Cumulações de Ações**. 3 ed., Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 1998.

BARIONI, Rodrigo. **Efeito devolutivo da apelação civil**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada: Tutelas Sumárias e de Urgências (tentativa de sistematização)**. 4. Ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BRASIL. **Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Institui o Código de Processo Civil. Diário Oficial da União. Brasília, 11 de janeiro de 1973; 152º da Independência e 85º da República.

_____. **Lei nº 11.232, de 22 de dezembro de 2005**. Altera a Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, para estabelecer a fase de cumprimento das sentenças no processo de conhecimento e revogar dispositivos relativos à execução fundada em título judicial, e dá outras providências. Diário Oficial da União. Brasília, 22 de dezembro de 2005; 184º da Independência e 117º da República.

_____. **Lei nº 10.444, de 7 de maio de 2002**. Altera a Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil. Diário Oficial da União. Brasília, 7 de maio de 2002; 181º da Independência e 114º da República.

_____. **Emenda constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004**. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. Diário Oficial da União. Brasília, em 30 de dezembro de 2004.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, 5 de outubro de 1988.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Tutela Antecipada**. 2 ed., São Paulo: Saraiva, 2007.

CARNEIRO. Athos Gusmão. **Da Antecipação de Tutela**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

CARREIRA ALVIM, José Eduardo. **Código de Processo Civil Reformado**. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

CHEIM JORGE, Flávio, DIDIER JR. Fredie e RODRIGUES, Marcelo Abelha. **A Nova Reforma Processual**. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2003.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. v. 3. Campinas: Bookseller, 2000.

CUNHA, Leonardo Jose Carneiro. **O § 6º do art. 273 do CPC: Tutela Antecipada Parcial ou Julgamento Antecipado Parcial da Lide?** Revista Dialética de Direito Processual. São Paulo, v. 1. p. 116. 2003.

DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**, v. 2. 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2008.

_____. **Inovações na antecipação dos efeitos da tutela e a resolução parcial do mérito**. Revista de Direito Processual Civil, Curitiba, n. 26, p. 711-734, out/dez. 2002.

_____; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil, direito probatório, decisão judicial, cumprimento da sentença e coisa julgada**. V. 2. 2ª ed., Salvador: Jus Podium, 2008.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

_____. **A reforma da reforma**. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

DORIA, Rogéria Dotti. **A tutela antecipada em relação à parte incontroversa da demanda**. v.1. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Comentários à Novíssima Reforma do CPC: Lei 10.444, de 07 de maio de 2002**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação da Tutela**. 11ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. **Teoria geral do processo**. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. **Tutela Antecipatória, Julgamento Antecipado e Execução Imediata da Sentença**. 4ª ed, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____; ARENHART, Sergio Cruz. **Processo de conhecimento**. Curso de processo civil, v. 2. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MIRANDA, Francisco C. Pontes de. **Tratado das Ações: Tomo I**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1970.

_____. **Tratado da Ação Rescisória das sentenças e de outras decisões**. 5 ed. Ver. Aum. Rio de Janeiro: Forense, 1976

MONTENEGRO FILHO, Misael. **Curso de direito processual civil**. v. 1. 3ª ed, Atlas, São Paulo, 2006.

MOREIRA, Jose Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil**. v. 5, 13ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

OLIVEIRA, Bruno Silveira de. **Um novo conceito de sentença?** Revista de Processo, São Paulo, n. 149, p. 120-137, jul. 2007.

MITIDIERO, Daniel. **Comentário ao artigo 466-A, do CPC**. In: A nova execução – comentários à Lei nº 11.232/2005. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

NERY, Nelson. **Princípios Fundamentais – Teoria Geral dos Recursos**. 5ª ed, São Paulo, Revista do Tribunais, 2000.

POZZA, Pedro Luiz. **As Novas Regras dos Recursos no Processo Civil e outras Alterações**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. Forense, Rio de Janeiro, 2001.

SANTOS, Ernani Fidelis dos. **Novos Perfis do Processo Civil Brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

VARGAS, Jorge de Oliveira. **O novo conceito de sentença e o recurso daquela que não extingue o processo: apelação ou agravo de instrumento?** Revista de Processo: São Paulo, n. 148, p. 111-118, jun. 2007.

VIEIRA, Rodrigo Lessa. **O cabimento da sentença parcial de mérito após a Lei nº 11.232/05. Jus Navigandi**: Teresina, ano 14, n. 2371, 28 dez. 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/14092>>. Acesso em: 16 mar. 2013.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil**. 8ª. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **O agravo e o conceito de sentença**. Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais. Ano 32, n. 144, p. 243-256. fev/2007.

_____. **Os agravos no CPC Brasileiro**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. **Antecipação da tutela em face de pedido incontroverso**. Revista jurídica, n.º 301, p. 30/31, nov. 2002.