

TUTELA DE EVIDÊNCIA FUNDADA NA INCONTROVÉRSIA DE PARCELA DA DEMANDA: ESTABILIZAÇÃO OU DESMISTIFICAÇÃO DA COISA JULGADA?

PROTECTION OF EVIDENCE FOUNDED ON DEMAND PORTION OF INCONTROVÉRSIA: STABILIZATION OR DEMYSTIFICATION OF RES JUDICATA

TAÍSA SILVA DIAS FREZZA*
FLÁVIO LUIS DE OLIVEIRA**

RESUMO

Trata-se de estudo exclusivamente teórico baseado na análise exaustiva de publicações atinentes à tutela de evidência fundada na incontrovérsia de parcela da demanda a fim de levantar discussões a respeito da natureza da decisão, grau de cognição, aptidão à coisa julgada, contagem do prazo decadencial para eventual ação rescisória e, principalmente, analisar se o conceito de coisa julgada se vincula ao de sentença. Em que pese posicionamentos contrários, infere-se que se trata de decisão interlocutória de mérito uma vez que decide definitivamente parcela incontroversa da demanda no curso do processo, caso não impugnado por agravo de instrumento. A cognição é exauriente, razão pela qual a decisão é irrevogável e apta à formação da coisa julgada – ou no mínimo se estabiliza -, ainda que no curso do processo. Finalmente, a contagem do prazo bienal para rescisória tem como termo inicial a data do trânsito em julgado da decisão interlocutória. Destarte, em sintonia com a efetividade do processo, é mister a revisitação de conceitos legais como sentença, decisão interlocutória e coisa julgada, já que esta última não se vincula ao conceito de sentença mas ao grau de cognição da decisão.

Palavras-chave: Incontrovérsia. Decisão interlocutória de mérito. Coisa julgada. Efetividade do processo.

*Bacharel em Direito pelo Centro Universitário de Bauru, mantido pela Instituição Toledo de Ensino (2015). Trabalho de Conclusão de Curso, apresentado à Banca Examinadora para obtenção do grau de bacharel em Direito sob a orientação do Professor Doutor Flávio Luis de Oliveira. Bauru/SP – Rua Engenheiro Alfheo José Ribas Sampaio, 2-30 Apto 152 – CEP 17012.631 – e-mail taisafrezza@gmail.com

** Mestre (1998) e Doutor (2000) em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Coordenador e Professor Permanente dos Cursos de Mestrado e Doutorado do Centro Universitário de Bauru/SP, mantido pela Instituição Toledo de Ensino - ITE. Membro do Instituto Iberoamericano de Direito Processual. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual. Consultor Ad Hoc da Capes - Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior. Advogado. Marília/SP – Avenida Santo Antonio, 236 – CEP 17501.470 – Telefone (14) 3413.3446. E-mail flavioluis@terra.com.br

ABSTRACT

It is exclusively theoretical study based on comprehensive analysis of publications relating to the protection of evidence based on incontrovérsia the portion of the demand to raise discussions about the nature of the decision, level of cognition, ability to res judicata, calculating the time preclusive for possible action for rescission, and especially to analyze the concept of res judicata is linked to the sentence. In spite of contrary positions, it is inferred that this is an interlocutory judgment on the merits as he decides definitely undisputed portion of the demand during the process, if not challenged by bill of review. Cognition is exauriente, which is why the decision is irrevocable and suitable training of res judicata – or at least stabilizes -, even during the process. Finally, count the biennial period for rescission has the initial term, the date of the final and unappealable interlocutory decision. So, in line with the effectiveness of the process, we must revisit the legal concepts such as sentence, interlocutory judgment and res judicata, since the latter does not bind to the concept of sentence but the degree of cognition of the decision.

Keywords: Incontrovery. Interlocutory judgment of merit. Res judicata. Effectiveness of the process.

1 INTRODUÇÃO

O sistema processual civil contemporâneo tem fundamento na busca da prestação jurisdicional efetiva, permitindo ao jurisdicionado a satisfação dos direitos, em tempo razoável, em face da urgência ou da evidência.

É por esta razão que as últimas reformas processuais prestigiam a elaboração de técnicas processuais cujo escopo tende muito mais a privilegiar a efetividade do processo do que a certeza jurídica.

Classicamente, o processo adotou as premissas doutrinárias de Giuseppe Chiovenda, estruturado a partir do dogma da segurança jurídica. Chiovenda entendia que o único processo capaz de alcançá-la era aquele fundado no juízo de “certeza” pautado pela cognição exauriente (DORIA, 2003). Todavia, essa concepção clássica esbarrou nas transformações sociais, em especial, ao final do século XX, na era pós-industrial. Os conflitos sociais paulatinamente passaram a exigir do Direito uma mudança de interesses: a efetividade corolária à duração razoável do processo em prevalência sobre a segurança jurídica.

Nesse diapasão, a legislação processual brasileira passou por uma série de reformas, com destaque para a universalização da antecipação de tutela, que se estendeu aos procedimentos comuns ordinários em 1994; além de outras técnicas de sumarização, em especial, a antecipação de tutela fundada na Incontrovérsia de parcela da demanda introduzida pela Lei n. 10.444/2002.

Destaca-se que o § 6º do art. 273 do CPC (Código de Processo Civil) é reflexo dessa tendência contemporânea de prestigiar a efetividade do processo, que asseguradamente pode sim conviver com a segurança jurídica mediante a técnica de ponderação utilizada para harmonizar o conflito de valores constitucionais à luz do princípio da razoabilidade e proporcionalidade.

Assim, a construção de um processo justo está diretamente relacionada com a utilização de técnicas processuais que garantam a distribuição racional do ônus do tempo no processo.

Ora, se é possível antecipar a tutela de um direito pautado na verossimilhança, não se deve olvidar que a evidência também reclama provimento imediato. Não seria devido um processo que impusesse ao demandante a espera da delonga processual diante da situação jurídica da evidência. Nesses casos, a tutela deve ser concedida de plano, como consectário do devido e “adequado” processo legal (FUX, 2000).

A doutrina Marinoni (2011b), um dos precursores do tema “tutela antecipada” no Brasil, assevera que a melhor interpretação das leis ordinárias à luz da Constituição Federal é aquela que garante uma distribuição racional do tempo aos litigantes a fim de garantir a isonomia real no processo. Portanto, um provimento jurisdicional eficaz e tempestivo está relacionado ao exercício do direito de defesa de forma razoável ou nos limites em que não retarda, indevidamente, a realização dos direitos do autor.

Neste sentido, se o feito está maduro uma vez que é inconteste, seja pela inércia do requerido que não o impugnou seja pelo reconhecimento jurídico de parte do pedido, o autor deve ter preservado o seu direito fundamental de um provimento jurisdicional justo e, sobretudo, tempestivo.

O instituto da tutela de evidência fundada na incontrovérsia de parcela da demanda tem despertado discussões doutrinárias acaloradas. Embora tenha sido introduzido no sistema há pouco mais de dez anos (Lei n. 10.444/2002), ainda se discute se o nosso sistema processual civil está preparado para a execução de uma tutela evidente no curso do processo.

Uma das principais dificuldades da aplicabilidade prática do instituto em testilha está arraigada à concepção clássica de que o julgamento se dá em momento único no processo e da integralidade da demanda. Os processualistas que pensam assim ainda se prendem ao princípio *chiovendiano* da unidade: *della unità e unicità dela decisione* (CHIOVENDA, 1965 *apud* DORIA, 2003).

Todavia, após a introdução do art. 273, § 6º, do CPC, se o princípio da unidade não passa de um mito, no mínimo relativizou a incindibilidade do julgamento ao permitir a antecipação de parte da tutela pretendida pelo autor. Neste sentido, o instituto permite ao magistrado julgar, em momentos distintos, os pedidos deduzidos na inicial na medida em que um deles ou uma parte deles se apresenta incontroverso. Diante dessas circunstâncias, não há como negar a tutela antecipatória.

Bueno (2004) defende que esta tutela cuida muito mais de uma técnica de desmembramento de pedidos cumulados ou de parcela deles do que, propriamente, de tutela antecipada.

Destarte, se o próprio legislador incentiva a cumulação de pedidos numa mesma demanda, seria um paradoxo não permitir o julgamento de parcela da demanda que se apresente madura para tal. Trata-se de verdadeira cisão do julgamento, que como acertadamente adverte Marinoni (2011a), decorre naturalmente da possibilidade de cumulação de pedidos, caso contrário violar-se-ia o princípio da efetividade do processo.

Diante do exposto, faz-se necessária uma série de indagações a respeito do instituto contemplado pelo § 6º do art. 273 do CPC: É mera antecipação de decisão revogável? É decisão de mérito? É decisão interlocutória ou sentença parcial? É decisão provisória ou final? A cognição é sumária ou exauriente? Tem aptidão à coisa julgada? Qual o recurso cabível? A execução é provisória ou definitiva? Se a decisão transitar em julgado como se dá a contagem do prazo decadencial para a ação rescisória?

A discussão no decorrer deste estudo é muito mais ampla do que a mera interpretação literal do dispositivo legal. Será embasada nas discussões doutrinárias contemporâneas e nas tendências apontadas pelo projeto do novo Código de Processo Civil que está em discussão no Congresso Nacional.

Faz-se necessário um estudo mais aprofundado do que diz respeito à antecipação de tutela nos moldes do art. 273, § 6º, do CPC. A discussão será permeada com base no estudo de institutos processuais fundamentais à compreensão desta técnica processual, tais como: “sentença”, “decisão interlocutória” e “coisa julgada”, revisitando seus conceitos tradicionais, cujo cerne será a desmistificação da vinculação da coisa julgada à sentença na perspectiva do direito fundamental à tempestividade e efetividade da tutela dos direitos.

E mais, àqueles que não admitam que a unicidade do julgamento e a coisa julgada vinculada à sentença não passam de mitos, ao menos deverão se convencer, ao término deste

estudo, que a tutela de evidência fundada na incontrovérsia de parcela da demanda tem aptidão para a estabilização.

2 BREVE PANORAMA HISTÓRICO DO SISTEMA PROCESSUAL BRASILEIRO

No que concerne ao sistema processual brasileiro, em breves termos, durante o período colonial vigeram as Ordenações Afonsinas (1446), Manuelinas (1521) e Filipinas (1603).

Somente quase três séculos depois, após a independência do Brasil, que em 1850 sobreveio junto com o Código Comercial o Regulamento 737, que a princípio se aplicava apenas às questões comerciais. Todavia, a partir de 1890 sua aplicação também se estendeu às causas cíveis e processuais até a promulgação da Constituição Federal de 1891. Em outros termos, a primeira constituição federal após a proclamação da república atribuiu ao Congresso Nacional a competência para legislar a respeito do direito processual da Justiça Federal e, por outro lado, delegando aos Estados a competência legislativa sobre o processo comum (art. 34, n. 23, da Constituição Federal de 1891).

Destaca-se que nem todos os Estados da Federação promulgaram seus respectivos códigos processuais, razão pela qual o Regulamento 737 continuou a reger supletivamente.

Posteriormente, com a Carta Política de 1934, atribuiu-se a competência privativa à União para legislar sobre direito processual nos termos do art. 5º, inciso XIX, *a*.

A Constituição Federal de 1937 reproduziu a referida norma da Carta Política anterior em seu art. 16, XVI.

Somente em 1939, com o Decreto-lei n. 1.608 institui-se o primeiro Código de Processo Civil brasileiro, cujo anteprojeto é de autoria de Pedro Batista Martins, revisado por Francisco Campos e Guilherme Estellita. Apesar da timidez e falta de técnica, o Código de 1939 constituiu em um significativo avanço em relação ao período anterior (GONÇALVES, 2011).

Posteriormente, a Lei n. 5.869/1973 promulgou o Código de Processo Civil brasileiro elaborado a partir do projeto do Ministro Alfredo Buzaid e desenvolvido com base nos estudos realizados por Enrico Tullio Liebman e seus discípulos. O código processual de 1973 imprimiu caráter mais científico com a adoção de técnicas processuais e, portanto, grande avanço ao sistema processual brasileiro.

No que se refere aos atos judiciais, vale destacar que o Código de 1939 previa tão-somente o despacho e a sentença. O despacho atinente aos atos de impulso, enquanto às sentenças cabia o julgamento, seja de questão processual seja de mérito. Assim, concebia-se que as sentenças poderiam ser *interlocutórias* (proferidas no curso do processo) ou *finais* (determinando a extinção do processo). Estas últimas eram ainda divididas em *definitivas* (com julgamento de mérito) ou *terminativas* (sem julgamento de mérito).

Quanto ao sistema recursal do CPC de 1939, das sentenças terminativas cabia agravo de petição, enquanto das sentenças finais cabia apelação. Ademais, havia no sistema outras duas espécies de agravo: *de instrumento* (para as hipóteses expressamente enumeradas na lei) e *no auto do processo* (para evitar preclusão de determinadas decisões).

Por outro lado, Alfredo Buzaid explica na Exposição de Motivos do Código vigente que o projeto da codificação de 1973 teve o escopo de simplificar o sistema recursal, concedendo, originariamente, apelação só de sentença e, de todas as decisões interlocutórias, agravo de instrumento. Empregou-se nitidamente o critério topológico, uma vez que sentença (independentemente de julgar ou não o mérito da causa) extingue o procedimento em primeiro grau, enquanto que a decisão interlocutória não o encerra e julga questão incidente (ARAÚJO, 2011).

Paralelamente, a Constituição Federal de 1988 atribuiu exclusivamente à União a competência para legislar sobre direito processual (art. 22, inciso I) e aos Estados, a competência supletiva sobre procedimentos processuais (art. 24, inciso XI). Ademais, consagrou uma série de princípios processuais, dando ensejo ao denominado “direito processual constitucional”. Neste diapasão, vale destacar os princípios do acesso à justiça, devido processo legal e, sobretudo, a efetividade e duração razoável do processo que serão objeto de análise neste estudo.

O sistema processual vigente passou por uma série de reformas, das quais merece destaque as legislações, a saber: Lei n. 8.952/1994 (que introduziu no sistema o instituto da antecipação de tutela no art. 273 do CPC, além de dar nova redação ao art. 461 do CPC – obrigação de fazer e não fazer), Lei n. 10.444/2002 (que introduziu o § 6º ao art. 273 do CPC, além de inserir o art. 461-A do CPC – obrigação de entrega de coisa), Lei n. 11.232/2005 (que alterou o conceito de sentença em seu art. 162, § 1º, não mais definida enquanto ato que “põe termo ao processo”, passando a determinar o sincretismo processual a partir da introdução do Capítulo IX, *Da Liquidação de Sentença*, do Título VIII, *Do Procedimento Ordinário*, do

Livro I, *Do Processo de Conhecimento*, do CPC), Lei n. 11.382/2006 (Execução por título extrajudicial).

Diante disso, é essencial a distinção entre o Código de Processo Civil de 1973 e o Código de Processo Civil *reformado* (ARAÚJO, 2011).

O CPC de 1973 uniformizou o regime recursal ao determinar o cabimento de recurso de apelação tanto para sentença definitiva, quanto para sentença terminativa. Isto significa que as hipóteses de extinção do processo principal, sem resolução de mérito, passaram a comportar a apelação enquanto recurso ordinário por excelência (PARÁ FILHO, 1997 *apud* ARAÚJO, 2011).

Imperioso destacar a inserção no sistema do agravo na modalidade retida cujo escopo é evitar a preclusão de questões incidentais (Lei n. 9.139/1995). Ademais, por força da Lei n. 11.187/2005 a interposição de agravo na forma retida tornou-se regra, deixando a interposição por instrumento apenas às decisões suscetíveis 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 (art. 522 do CPC).

Diante do exposto, a partir de 1994, o sistema processual brasileiro passou por uma série de reformas modificando, em essência, a estrutura processual vigente. Tais transformações só foram implementadas a partir de uma mudança de perspectiva, conforme anota Bedaque (*apud* ARAÚJO, 2011, p. 73):

A radical mudança de perspectivas verificada nos últimos anos – em razão do que o processualista deixou de se preocupar exclusivamente com conceitos e formas, para dedicar-se à busca de mecanismos destinados a conferir à tutela jurisdicional o grau de efetividade que dela se espera – impõe que sejam revistas ideias concebidas à luz de outra realidade histórica. Hoje, pensa-se no processo de resultados.

Na mesma linha, Araújo (2011, p. 73) conclui que:

O Código de Processo Civil de 1973 marca a fase *autonomista* ou *conceitual* do modelo processual brasileiro, iniciada com o Código de Processo Civil de 1939, enquanto o Código de Processo Civil *reformado* consolida a fase *instrumentalista*, no qual se busca um “processo de resultados”.

Neste contexto merece destaque a generalização da antecipação da tutela enquanto instrumento fundamental ao alcance de um processo mais justo e efetivo.

3 A UNIVERSALIZAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA: UMA REFLEXÃO COM BASE NO PROCESSO CIVIL CONTEMPORÂNEO

Antes da reforma processual de 1994, o CPC de 1973 não previa a antecipação dos efeitos da tutela. Por esta razão, a praxe forense admitia o uso indiscriminado, ainda que indevido, da medida cautelar (art. 798 do CPC) enquanto instrumento da antecipação dos efeitos da tutela; cunhando-se, inclusive, a expressão “cautelar satisfativa” (ARAÚJO, 2011).

A Lei n. 8.952/94 conferiu nova redação ao art. 273 do CPC, generalizando em nosso sistema o instituto da antecipação de tutela, que até então, atrelava-se, no CPC, tão-só aos procedimentos especiais do Livro IV (*Dos Procedimentos Especiais*).

Neste contexto, insta frisar que com o advento da Constituição Federal de 1988 e a consagração do princípio da dignidade da pessoa humana, as reformas legislativas passaram a levar em consideração não mais somente a proteção do patrimônio (como enseja as tutelas consagradas no Livro IV do CPC) como também a tutela de questões não-patrimoniais a partir da introdução do art. 273, 461 e 461-A, do CPC, e art. 84 do CDC (Código de Defesa do Consumidor).

Marinoni (2010) assegura que o magistrado tem hoje um poder geral de antecipação a fim de utilizar de técnicas processuais que possam garantir a prestação imediata dos direitos, seja em razão da urgência seja em razão da evidência:

Na verdade, a outorga de poder para a concessão de tutela antecipatória no procedimento comum deriva da percepção de que a necessidade da antecipação da tutela deve ser aferida em face do *caso concreto*, verificando-se a situação de perigo que pode tornar imprescindível a antecipação da tutela, o modo como a defesa é exercida e o fato de parcela da demanda ter se tornado incontroversa no curso do processo (MARINONI, 2010, p. 178).

A universalização da antecipação da tutela nos moldes do procedimento ordinário ensejou ao sistema processual enorme avanço rumo à efetividade do processo. A tutela antecipatória “[...] é fruto da visão da doutrina processual moderníssima, que foi capaz de enxergar o equívoco de um procedimento destituído de uma técnica de distribuição do ônus do tempo do processo” (MARINONI, 2011b, p. 29).

Imperioso acrescentar que os institutos da tutela de urgência e tutela de evidência não se confundem. A urgência é pautada no juízo de verossimilhança e situações de risco de dano irreparável; enquanto a evidência em nada se relaciona com perigo, mas atrela-se, atualmente, às situações de incontrovérsia e abuso de direito de defesa.

A tutela de urgência viabiliza uma prestação jurisdicional tempestiva e é subdividida em: antecipação dos efeitos da tutela e tutela cautelar, que têm a finalidade de afastar situações de graves riscos de dano à efetividade do processo. Em outros termos, em razão da inevitável demora do curso processual, antecipam-se os efeitos da tutela (nos moldes do art.

273, 461 e 461-A, todos do CPC) ou impõe-se medida cautelar com o fim de garantir a efetividade de um futuro processo principal (tutela cautelar).

O instituto da antecipação de tutela garante consequências *concretas* da sentença de mérito antes mesmo da sua prolação, segundo a doutrina de Marinoni (2011b, p. 44):

A tutela antecipatória produz o efeito que somente poderia ser produzido ao final. Um efeito que, por óbvio, não descende de uma eficácia que tem a mesma qualidade da eficácia da sentença. A tutela antecipatória permite que sejam realizadas antecipadamente as consequências concretas da sentença de mérito. Essas consequências concretas podem ser identificadas com os efeitos externos da sentença, ou seja, com aqueles efeitos que operam fora do processo e no âmbito das relações de direito material.

É por esta razão que o mesmo processualista esclarece que o instituto da antecipação de tutela *adianta* o efeito executivo da sentença:

[...] a “antecipação total dos efeitos” da sentença condenatória nada mais é do que a antecipação do efeito executivo (ou melhor, a produção antecipada do efeito executivo) da sentença de condenação, que torna viável a antecipação da realização do direito afirmado pelo autor. A “antecipação total dos efeitos” da sentença condenatória consiste na antecipação da realização do direito que o autor pretende ver realizado (MARINONI, 2011b, p. 44).

De tal sorte, não se deve olvidar que sentença não se confunde com antecipação de tutela, conforme ensina o Ministro Zavascki (*apud* ARAÚJO, 2011, p. 83):

Antecipar significa satisfazer, total ou parcialmente, o direito afirmado pelo autor e, sendo assim, não se pode confundir medida antecipatória com antecipação da sentença. O que se antecipa não é propriamente a certificação do direito, nem a constituição e tampouco a condenação porventura pretendida como tutela definitiva. Antecipa-se, isto sim, os efeitos executivos daquela tutela.

Portanto, sentença também não se confunde com tutela jurisdicional. Bueno entende que “no máximo, a tutela jurisdicional é veiculada pela sentença, mas mesmo assim, nem sempre seus *efeitos* podem ser experimentados desde logo” (BUENO, 2009, p 43).

Ademais, conforme acrescenta Marinoni (2011b, p.45): “[...] o que é antecipado é um bem da vida, antecipa-se a tutela, e não a sentença; como já foi explicado, a sentença é somente uma técnica para a prestação da tutela”.

De outra parte, é oportuno frisar que a possibilidade de o juiz julgar com base na verossimilhança a partir da aplicação do instituto da antecipação da tutela veio mitigar a regra da *nulla executio sine titulo*. Isso porque, classicamente, acreditava-se na proibição da execução antes do término da cognição, ou seja, partia-se da premissa de que a cognição deveria anteceder a execução. Entretanto, hoje é ineludível que a busca incessante da certeza jurídica e a “completude” da ampla defesa enquanto premissas absolutas do processo restaram-se equivocadas.

O princípio da *nulla executio sine titulo*, embora originariamente pensado para garantir a segurança jurídica, abre, atualmente, duas possibilidades: ou se aceita que,

por ser necessária execução na pendência do conhecimento (como demonstra inclusive a tutela antecipatória), o princípio não tem mais sustentação; ou se admite uma nova abordagem do conceito de título, o qual então passaria a ser visto como algo que não deve ser relacionado com a existência do direito, mas sim com a necessidade prática da sua realização (MARINONI, 2010, p. 39).

Com base nos ensinamentos de Giuseppe Chiovenda a execução sempre dependeu do esgotamento da cognição. Por esta razão a “execução provisória” da sentença era vista enquanto uma “figura anormal” exatamente por não pressupor a “certeza jurídica”. Entretanto, “a certeza jurídica, ou a coisa julgada material, em vista das novas necessidades de tutela, não mais pode constituir o pressuposto lógico-jurídico para a instauração da execução” (MARINONI, 2011a, p. 44-45). Em outras palavras, as novas necessidades de satisfação dos direitos, sobretudo na sua forma específica, transformaram o princípio da *nulla executio sine titulo* em mito.

Note-se que as previsões legais de medidas que antecipam o gênero denominado “tutela de urgência” submetem-se ao crivo dos artigos 273, § 4º, 461 § 6º, 461-A, § 3º, 807, todos do CPC, o que denota a revogabilidade da decisão uma vez que o grau de cognição na linha vertical é sumária.

De outra banda, a situação é peculiar no que concerne à tutela de evidência fundada na incontrovérsia de parcela da demanda (art. 273, § 6º, do CPC), cerne deste estudo à luz dos direitos fundamentais do processo.

4 DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

4.1 O conflito entre a efetividade processual e a segurança jurídica

A busca da verdade absoluta sempre teve espaço no nosso ordenamento jurídico já que o ideal de segurança jurídica constitui um dos pilares que norteiam o processo civil.

Entretanto, as transformações sociais, sobretudo a complexidade dos litígios da sociedade pós-industrial, passaram a exigir do magistrado um comportamento que transcendeu aos ideários de Charles de Montesquieu de que:

[...] ao julgador competiria nada mais do que a aplicação da lei neutra, garantindo, por meio de um processo ordinário e plenário, o mero “descobrimento” da unívoca vontade da lei (MONTESQUIEU, 2000 *apud* PAIM, 2012, p. 30-31).

Neste contexto, modernamente, não basta o magistrado meramente declarar a vontade da lei. Hoje, a complexidade dos litígios reclama proteção mais efetiva, o que muitas vezes se esbarra com a ordinariiedade do procedimento e a busca da segurança jurídica.

Em outros termos, o ideal de segurança jurídica acabou criando empecilhos à prolação de decisões com base em cognição sumária e, pior, repercutindo negativamente na esfera real do jurisdicionado, que ainda sofre, e por vezes sozinho, com a morosidade do processo.

É direito fundamental do jurisdicionado o acesso à justiça adequada consagrado no art. 5º, XXXV, da CF: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. A efetividade é consectária da inafastabilidade da jurisdição. Ou melhor, todo cidadão tem o direito fundamental de receber a tutela jurisdicional que garanta a preservação do seu direito ameaçado ou, em última *ratio*, o ressarcimento diante da lesão consumada. É nesta esfera que se insere o direito fundamental à efetividade, uma vez que só é garantida se for viabilizado ao titular do direito a capacidade de retornar ao *status quo ante*.

Por este motivo a efetividade do processo tem íntima ligação com tempestividade. A tutela jurisdicional só pode ser efetiva se prestada num espaço razoável de tempo.

Para Bedaque (*apud* ARAÚJO, 2008, p. 86):

[...] a tutela jurisdicional será tão mais efetiva quanto mais se aproximar da solução espontânea do conflito. Aquele que tem direito à tutela jurisdicional deve receber aquilo que receberia se houvesse acatamento voluntário da regra material.

Assim, diante da colisão entre dois princípios processuais (segurança jurídica *versus* efetividade) deve-se utilizar de mecanismos constitucionais que assegurem a convivência pacífica dentro do sistema.

Nesta perspectiva, é imprescindível a transcrição das palavras de Lucon (*apud* CRUZ E TUCCI, 1999, p. 93-94):

Entre os princípios não se admite antinomia jurídica, ou seja, não é possível a extirpação de um deles do sistema. Quando duas normas jurídicas estão em confronto, uma delas é simplesmente excluída do ordenamento jurídico. No entanto, quando dois princípios estão em conflito nenhum deles é expulso do sistema.

Com efeito, existindo antinomia entre regras, a solução é baseada na *cláusula de exceção*, que poderá invalidar uma das regras conflitantes por meio do critério “cronológico” ou “hierárquico” (ALEXY, 1993 *apud* ARAÚJO, 2008, p. 57).

Contudo, esta não é a solução diante de choque entre princípios, que deve embasar num raciocínio que envolve a *precedência condicionada*: dar mais prevalência a um princípio sobre o outro, aplicando-se critérios valorativos em cada caso concreto, sem extirpar nenhum deles do ordenamento (ARAÚJO, 2008).

A ponderação valorativa deve ser feita com base na razoabilidade e proporcionalidade. Enfim, nenhum princípio ou direito fundamental é absoluto, devendo neste “jogo de

princípios” sobrepujar aquele de maior peso no caso concreto (GRAU, 1998 *apud* ARAÚJO, 2008, p. 58).

É com base nesta técnica de interpretação, que modernamente o processo tende a dar maior peso à efetividade sobre a segurança jurídica. A conciliação destes princípios no sistema, portanto, exige do julgador a adoção da técnica processual mais efetiva que garanta a satisfação do direito em tempo razoável.

A esperança de que um processo siga um procedimento ordinário e de, ao final, trazer a fiel reconstituição dos fatos se revelou utopia, visto que as causas plenárias também podem gerar decisões equivocadas. Conforme José Henrique Mouta Araújo, decisão injusta também transita em julgado (ARAÚJO, 2008).

Destarte, a sumarização do processo tem papel crucial à garantia da efetividade, destacando-se as técnicas de antecipação da tutela no procedimento ordinário e, sobretudo, a antecipação da tutela fundada na incontrovérsia de parcela da demanda.

4.2 A duração razoável do processo enquanto premissa à efetividade

Como cediço, a efetividade é consectária da tempestividade, que também se tornou direito fundamental consagrado constitucionalmente. A garantia da duração razoável do processo foi introduzida expressamente na Constituição Federal pela Emenda Constitucional n. 45, que inseriu o inciso LXXVIII ao art. 5º: “A todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

Contudo, cumpre salientar que esta garantia não é nenhuma novidade em nosso sistema. A Convenção Americana de Direitos Humanos, firmada pelo Pacto de São José da Costa Rica, em 1969, no qual a República Federativa do Brasil é signatária, já afirmava a garantia da duração razoável no processo. Outrossim, o catálogo de direitos fundamentais expressos na constituição constitui-se rol aberto como expressamente disposto no § 2º do art. 5º da Constituição Federal: “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

O processo deve atender a seus escopos sociais visando à pacificação do conflito o mais brevemente possível. Cumpre salientar que Rui Barbosa também se preocupou com a tempestividade do provimento jurisdicional em “Oração aos Moços”: “justiça atrasada não é justiça, senão injustiça clara e manifesta” (BARBOSA, 2004 *apud* ARAÚJO, 2008, p. 34).

A demora do processo está atrelada à conjugação de múltiplos fatores, como bem assevera Barbosa Moreira (2001), a saber: as imperfeições da lei, a escassez de órgãos jurisdicionais, o preparo insuficiente de muitos juízes, bem como do pessoal de apoio, a defeituosa organização do trabalho e a insuficiente utilização da moderna tecnologia. Além destes, deve-se enfatizar a utilização do direito de ação e o manejo de inúmeros incidentes processuais (muitos dos quais desnecessários em alguns casos) de modo fraudulento, com intuito meramente procrastinatório, como assertivamente acrescenta Araújo (2008).

Em que pese o próprio sistema ordinário e as conjecturas sócio-econômica-culturais conspirarem contra a tempestividade do processo, não se deve admitir jamais que, preenchidos os requisitos legais, o magistrado deixe de aplicar as técnicas processuais que garantam a efetividade de cada especificidade de direito.

Portanto, é poder-dever do Estado-juiz a prestação jurisdicional em tempo razoável. Ademais, pode-se dizer que “uma razoável duração do processo é garantia inerente ao direito a um processo justo” (PAIM, 2012, p. 29).

Neste contexto, é dever do magistrado prestar a tutela antecipadamente diante de direitos evidentes, ainda que parcela da demanda continue em trâmite.

4.3 A harmonização entre princípios constitucionais: o contraditório e a tempestividade do processo

Prevê a Constituição em seu art. 5º, LV, que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

O princípio do contraditório confere tratamento igualitário às partes no processo. É por essa razão que é assegurado ao autor o direito de deduzir a sua demanda em juízo - direito de ação - e ao réu, o direito de ser informado sobre todo o conteúdo do processo, podendo se defender, ser ouvido, e provar suas alegações - direito à ampla defesa (BEDAQUE, 1998).

Mas como acertadamente já temia Pontes de Miranda, com sua aguda percepção para os fenômenos políticos e sociais:

[...] a consagração da ampla defesa no estatuto constitucional não pode ser utilizada enquanto arma no inesgotável arsenal do conservadorismo brasileiro a fim de nosso sistema normativo nada transformar efetivamente (BAPTISTA DA SILVA, 2001 *apud* MARINONI, 2011a, p. 20).

Em outros termos, o princípio constitucional do contraditório e ampla defesa não pode ser utilizado enquanto armas do requerido para que, de forma antiética e desarrazoada, utilize-se dos subterfúgios da lei a fim de protelar indevidamente o andamento do processo.

Ora, a ampla defesa é direito fundamental que deve ser exercido de forma razoável nos limites da concepção da efetividade do processo.

Sob outro prisma, de nada adianta assegurar o direito de ação e ampla defesa às partes se o contraditório for exercido sob a mera ótica formal.

O contraditório não se esgota na ciência bilateral dos atos do processo e na possibilidade de contraditá-los, mas depende também do oferecimento de condições às partes para atuarem com eficiência no processo (BEDAQUE, 1998, p. 257).

A garantia do contraditório deve possibilitar que autor e réu participem efetivamente do processo, podendo expor alegações e produzir provas quanto a elas. Entretanto, tais provas requerem avaliação e valoração pelo julgador a fim de indeferir aquelas infundadas e meramente protelatórias.

Portanto, reitera-se que se deve rechaçar comportamentos indevidos do réu, com intuito de aproveitar dos subterfúgios da lei processual, que prevê inúmeros incidentes processuais, como forma de obstar o andamento do processo e manter sob seu domínio patrimonial um bem jurídico do qual não tenha direito.

São essas dilações indevidas, atreladas a outros aspectos já discutidos, que contribuem, mormente, para a morosidade do Poder Judiciário.

Diante desta problemática, o grande desafio é a criação de procedimentos mais céleres que garantam a efetividade do processo sem violar o princípio constitucional do contraditório.

Mas além da positivação de técnicas processuais mais eficazes, cumpre lembrar que o julgador também é parte na relação jurídica processual e, portanto, a dialética no processo envolve autor-réu-juiz. Logo, é dever do magistrado dirigir o processo isonomicamente com escopo de legitimar o provimento jurisdicional em direção a uma verdadeira democratização.

Ocorre que nem sempre é possível o exercício do contraditório previamente às decisões judiciais, é o que acontece diante das situações de urgência que expõem o bem jurídico a grave dano irreparável. Mas mesmo diante de provimentos liminares, sem a ouvida da parte contrária, não se pode falar em afastamento total do princípio do contraditório.

Ora, se o próprio sistema prevê a possibilidade de revelia e a incidência de seus efeitos diante da inação do réu, ressalvadas as hipóteses previstas na lei (art. 302, CPC), por mais razão deve-se tutelar direitos evidentes, que não contestados ou reconhecidos - ainda que parcialmente - pelo réu. Isto porque, como será abordada oportunamente, evidência sugere

direitos cuja prova dos fatos revelam-se incontestáveis ou ao menos impassíveis de contestação séria (FUX, 2000).

Nesta linha, tanto a urgência quanto a evidência reclamam tratamentos diferenciados que não se coadunam com a ordinariedade do procedimento desprovido de técnicas de antecipação de tutela.

Portanto, diante de urgência ou evidência deve-se considerar a relativização do princípio do contraditório a fim de se garantir a efetividade do processo. E, como já abordado no item anterior, a efetividade é corolária com a celeridade. Destarte, tutela efetiva é aquela prestada em tempo razoável, mas sem sacrificar totalmente o direito ao contraditório.

O grande desafio é a construção de técnicas diferenciadas capazes de harmonizar as garantias do contraditório e duração razoável do processo. Assim, ainda que o contraditório não seja prévio, a complexidade dos litígios reclama a adoção de contraditório diferido e por vezes eventual, desde que não represente grave violação à garantia consagrada no art 5º, LV da Constituição Federal.

Esse é o entendimento que doutrina e legislação contemporânea têm revelado, a exemplo da tutela monitoria e do instituto da estabilização da tutela (que está em discussão no Congresso Nacional e que ainda será abordado em momento oportuno). Destacam-se, sobretudo, as tutelas sumarizadas de urgência (dos art. 273 e 461, § 3º do CPC) e as tutelas de evidência (art. 273,II e § 6º do CPC), que serão pormenorizadamente apresentadas no transcurso deste estudo.

5 TÉCNICAS PROCESSUAIS E A TEORIA DA COGNIÇÃO

5.1 A técnica para o processo de Kazuo Watanabe

A Teoria da cognição ou Técnica para o Processo sistematizada pelo nobre processualista Kazuo Watanabe é asseguradamente um dos mais importantes instrumentos que inspirou o legislador brasileiro na elaboração de procedimentos diferenciados à efetiva tutela dos direitos.

Em outros termos, a Teoria da Cognição tem estrita ligação com a almejada efetividade do processo que é tão buscada modernamente. Por meio dela, os cientistas do

Direito, em particular os juízes, podem encontrar técnicas processuais específicas para a satisfação dos direitos em cada caso concreto.

Para a compreensão desta sistemática, primeiramente faz-se necessário um estudo a respeito dos planos ou graus de cognição lastreados pela referida teoria.

5.2 Os graus de cognição e suas combinações enquanto técnicas processuais

Watanabe (1999) sistematizou a cognição em dois planos: vertical (quanto à profundidade do objeto cognoscível) e horizontal (quanto à amplitude ou extensão do procedimento).

Quanto à profundidade na análise do *thema decidum* (o objeto litigioso do processo), a cognição é apresentada ao juiz conforme os graus de “cognição sumária” (ou “incompleta”, ou “superficial”) e “exauriente” (ou “completa”). A graduação da cognição no plano vertical está diretamente relacionada com a profundidade do conteúdo probatório. É por esse prisma que os doutrinadores mais tradicionais, que ainda se inspiram nos ensinamentos clássicos de Chiovenda, continuam a defender que somente a sentença é apta à cognição exauriente e permite a formação da coisa julgada material. Contudo, ver-se-á no decorrer deste estudo que esta ideia não mais comunga com o processo civil contemporâneo.

Quanto à extensão, a cognição no plano horizontal é analisada sob a ótica das possíveis alegações que o demandado pode trazer à discussão em momento oportuno no curso do processo, que pode ser traduzida em dois graus de cognição: “parcial” (ou “limitada”) e “plena” (ou “ilimitada”).

A combinação desses diferentes graus de cognição em seus respectivos planos foi - e ainda é - o instrumento crucial para a criação de técnicas diferenciadas à tutela efetiva dos direitos. A seguir, serão apontados alguns exemplos desse mecanismo utilizado pelo legislador brasileiro inspirado na Teoria da Cognição.

5.2.1 Cognição plena e exauriente

Significa que não há restrição à cognição tanto no plano horizontal quanto no vertical. Portanto, o contraditório é pleno - não há limitações de matérias ao demandado - e os fatos cognoscíveis nos mais profundos graus probatórios. Esta é a característica do procedimento comum ordinário, que apesar de proporcionar maior juízo de certeza não significa

necessariamente processo efetivo uma vez que modernamente efetividade está diretamente relacionada com tempestividade.

Impende salientar, que a técnica de sumarização compreendida pelo instituto de antecipação de tutela consagrado pelo art. 273 do CPC merece aplausos no que concerne à garantia fundamental da efetividade no processo. Portanto, compete ao julgador aplicá-la, sempre que preenchidos os requisitos legais, com objetivo de assegurar a tempestividade do provimento jurisdicional no procedimento comum ordinário.

5.2.2 *Cognição parcial e exauriente*

Nesta combinação há limitações quanto à extensão do procedimento (plano horizontal), mas sem restrições quanto à profundidade. É característica dos procedimentos especiais do Livro IV, como é o caso das ações possessórias e cambiais. Nesta, a lei impõe restrições ao exame de matérias a ser alegadas pelo réu a fim de simplificar o procedimento, trazer celeridade, mas com a ressalva da possibilidade de questionamento irrestrito em ação ordinária autônoma.

Contudo, deve-se observar que o processo será muito mais efetivo e, portanto, tempestivo, se diante do preenchimento dos requisitos legais houver a concessão de antecipação de tutela em grau de cognição sumária.

5.2.3 *Cognição plena e exauriente secundum eventum probationis*

O processo modelado conforme a técnica de cognição exauriente *secundum eventum probationis* é típico do *mandamus*.

A Lei 12.016/2009 dispõe que se concederá mandado de segurança para proteger direito líquido e certo sempre que qualquer pessoa física ou jurídica sofrer coação por ilegalidade ou abuso de autoridade desde que fundada em prova documental preconstituída.

O procedimento sumariíssimo do mandado de segurança não permite dilação probatória, por limitação da lei, a fim de evitar defesas infundadas do impetrado, que se quiser discutir a falsidade documental, por exemplo, deve fazer em ação autônoma - esse é pelo menos o entendimento do Tribunal de Justiça de São Paulo - Jurisprudência Brasileira 103/190 (MARINONI, 2011b, p.38).

5.2.4 Cognição eventual, plena ou limitada e exauriente

No nosso sistema vigente há exemplos expressivos em que o contraditório é eventual. Em outros termos, diante do comportamento do réu a lei permite que se suprima toda uma fase jurisdicional, como acontece no processo monitorio.

Dispõe o art. 1.102-C do CPC que se o réu não oferecer embargos, a prova escrita apresentada na inicial se transmuda em título executivo judicial. É exemplo típico de inversão da iniciativa do contraditório, tornando-se necessário o aprofundamento da cognição no plano vertical somente se o demandado embargar.

Vale dizer, com base nesta técnica processual a cognição poderá ser plena ou limitada conforme eventual comportamento do réu.

5.2.5 Cognição sumária e superficial

Trata-se de restrições à cognição no plano vertical que é característico das antecipações de tutela do art. 273 do CPC, que conduzem a um juízo de verossimilhança que autorizam a concessão de tutela de urgência diante das situações de perigo de dano irreparável (art. 273, I, CPC), ou tutela de evidência nas situações de manifesto abuso de direito do réu (art. 273, II, CPC).

Além disso, a cognição sumária também está diretamente relacionada às tutelas cautelares do Livro III e à liminar em sede de tutela específica de fazer ou não fazer do art. 461, § 3º do CPC.

Segundo a lição de Marinoni (2011b), o juízo sumário é de mera probabilidade e, portanto, não declara a existência ou inexistência de um direito, mas apenas reconhece o direito como provável - ainda que possa ser declarado como inexistente ao final do processo. É neste sentido que a tutela é antecipada no curso do processo, preenchidos os requisitos legais, mas poderá ser revogada a qualquer tempo em decisão fundamentada caso o julgador chegue a uma conclusão diversa mediante a produção de novas provas.

5.3 Considerações acerca das técnicas fundadas na Teoria da Cognição

Após essa breve explanação das diferentes técnicas processuais segundo as combinações de graus de cognição nos planos horizontal e vertical impende destacar que as tutelas diferenciadas já existiam há muito tempo no nosso sistema, como é o caso das antecipações em sede de procedimentos especiais consagrados no Livro IV. Contudo, a preocupação era voltada tão-só com a tutela do patrimônio.

Somente após a Constituição Federal de 1988, na qual *a proteção à dignidade da pessoa humana* foi elevada à categoria de princípio fundamental e um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, a preocupação não mais se concentrou na tutela do “ter” e passou a se voltar a tutela do “ser”. É neste contexto que também se insere a *Teoria Quinária da Ação* de Pontes de Miranda, que estendeu ao processo de conhecimento as ações mandamentais e executivas *lato sensu* e suas respectivas técnicas de coerção e sub-rogação. Mediante esses meios passou a se assegurar a tutela dos direitos na sua forma específica, já que nem sempre a conversão em perdas e danos - ação condenatória - é suficiente para satisfazer as exigências do credor.

Destarte, as técnicas processuais fundadas na Teoria da Cognição representam grande avanço do processo civil, em especial no que concerne à sumarização enquanto método crucial à busca da democratização do processo. Aliás, o instituto da antecipação de tutela, sobretudo a antecipação da tutela de evidência fundada na incontrovérsia de parcela da demanda, é imprescindível à busca da tão almejada efetividade e distribuição racional do ônus do tempo no processo.

6 A COGNIÇÃO SUMÁRIA E A ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA: UMA PROPOSTA DE DEMOCRATIZAÇÃO DO PROCESSO

As tutelas sumarizadas previstas no CPC (arts. 273, 461 e 461-A) e no art. 84 do CDC têm como objetivo primordial alcançar a tempestividade do provimento jurisdicional, garantia processual assegurada na Constituição Federal.

As tutelas antecipadas em geral e as medidas liminares caracterizam-se fundamentalmente pela provisoriedade, já que podem ser revogadas a qualquer momento em decisão fundamentada, como disposto nos arts. 273, § 4º; 461, § 3º e 807, todos do CPC. Isto significa que as tutelas sumarizadas, pelo menos em tese, não têm aptidão à produção da coisa

julgada. Sem embargos de que seja esse um pressuposto básico destas tutelas, o sistema processual contemporâneo tende a admitir o instituto da estabilização da tutela antecipada.

Era o que previa o projeto de Lei n. 186/2005, do Senado Federal, fruto de uma proposta do Instituto Brasileiro de Direito Processual, que foi uma louvável iniciativa de estabilizar a tutela antecipada, mas que restou arquivado tendo em vista a não reeleição de seu autor no ano de 2006.

Entretanto, o Ministro Luiz Fux e a Comissão de Juristas que discutem o projeto do novo Código de Processo Civil encampam o instituto da estabilização da tutela antecipada (PAIM, 2012).

A proposta é oportuna já que permeia uma distribuição mais racional do ônus do tempo do processo, mas deve ser submetida à criteriosa avaliação, visto que é hipótese de relativização do princípio do contraditório.

Conforme Marinoni e Mitidiero (2010, *apud* PAIM, 2012, p. 160):

O projeto prevê a possibilidade de estabilização dos efeitos da tutela de urgência obtida em processo antecedente (arts. 287, 1º, 288, 2º, e 293). Trata-se de tentativa de sumarizar formal e materialmente o processo, privilegiando-se a cognição sumária como meio para prestação da tutela dos direitos.

No Projeto de novo Código de Processo Civil (PL n. 166, 2010, do Senado Federal) as tutelas antecipadas e cautelares serão tratadas dentro do gênero tutelas de urgência disciplinadas nos artigos 269 a 286. Dispõe o art. 269 que as tutelas de urgência poderão ser requeridas de forma antecedente ou incidental. É interessante notar que a medida antecedente poderá estabilizar os efeitos da tutela caso não haja impugnação, dispensando o autor de formular um pedido principal (art. 280).

Neste contexto, a medida liminar continuará produzindo seus efeitos, tendendo à definitividade do provimento jurisdicional, caso o demandado não conteste no prazo legal de cinco dias. Portanto, tratar-se-á de hipótese de inversão do contraditório somente se não houver impugnação tempestiva, já que nesse caso o réu só poderá discutir a eficácia da medida em posterior ação autônoma. Vale frisar que a eficácia da tutela antecipada em sede de cognição sumária se estenderá até que futura ação autônoma a revogue.

Neste cenário, não se pode afirmar que a tutela de urgência faz coisa julgada, entretanto sua autonomia pode ser garantida com a manutenção da sua eficácia sem a necessidade de uma decisão de mérito final.

Em sentido oposto, caso o réu conteste a medida liminar antecedente caberá ao autor o ajuizamento do pedido principal no prazo legal, ordinarizando-se o feito.

Nesta perspectiva, a decisão, em que pese provisória, viabiliza a composição do litígio, que poderá inclusive se tornar definitiva ou ao menos estabilizada, garantindo a plena satisfação do direito e a sua autonomia.

Contudo, é bem verdade que a possibilidade de uma tutela antecipada concedida em sede de cognição sumária se tornar definitiva não é nenhuma novidade em nosso sistema. Esta já é a previsão legal da ação monitória, na qual o contraditório é eventual numa clara hipótese de inversão.

A inicial da ação monitória instruída com prova escrita autoriza ao juiz deferir de plano o mandado de pagamento ou entrega de coisa no prazo de quinze dias, cuja eficácia só será suspensa mediante o oferecimento de embargos pelo réu no mesmo prazo. Isto significa que ultrapassado o prazo legal *in albis*, o mandado inicial é convertido em mandado executivo, seguindo-se as regras de cumprimento da sentença nos moldes do Livro I.

Percebe-se claramente que na ação monitória a tutela antecipada concedida sumariamente estabiliza-se caso o réu não exerça o contraditório no prazo estabelecido.

Assim, a proposta de estabilização da tutela de urgência do projeto do novo CPC não viola o princípio do contraditório, que se torna apenas eventual. O réu executado provisoriamente tem oportunidade de contestar a medida antecedente, mas se não o fizer no prazo previsto, não é justo que o autor, que evidentemente tem razão, suporte sozinho o ônus do tempo do processo e tenha que aguardar uma decisão final transitada em julgado para se satisfazer.

Portanto, a previsão de estabilização da tutela de urgência nos moldes propostos deve ser interpretada como constitucional. Até porque, decorrido *in albis* o prazo para impugnar a medida, o réu poderá suspender a sua eficácia em ação autônoma, como forma de nova oportunidade ao exercício do contraditório. Reitera-se, portanto, que o contraditório eventual ou até mesmo invertido não viola a garantia do art. 5º, LV, da Constituição. Ao contrário, fortalece outros direitos fundamentais como o acesso à justiça, o devido processo legal e, sobretudo, a duração razoável do processo.

O instituto da estabilização da tutela de urgência representa um grande avanço no que concerne à efetividade processual, democratizando o processo já que permite uma distribuição mais racional do ônus do tempo, além de contribuir, mormente, à isonomia real do processo.

6.1 Um breve esboço sobre o direito comparado: o *référé* francês

O direito internacional traz hipóteses de ações sumárias autônomas que servem de inspiração para a estabilização da tutela brasileira prevista no projeto do novo Código de Processo Civil em discussão no Congresso Nacional. O *référé* francês é, por excelência, o exemplo mais sólido deste instituto.

Em um primoroso trabalho, desenvolvido por Grinover (2005), foi aplicado um questionário a processualistas insígnies de diversos países de tradição romano-germânica a fim de se identificar o estágio atual do tratamento atinente ao tema “antecipação de tutela e sua estabilização”, chegando-se aos seguintes apontamentos:

Apesar do caráter de provisoriedade, que não dispensa o processo de conhecimento, comum a muitos ordenamentos em tema de tutela antecipada, em alguns países pode-se chegar à estabilização de tutela, quando a ela não se opuser qualquer das partes, de forma a dispensar o processo de conhecimento e a sentença de mérito: é o caso do *référé* francês e belga e de algumas hipóteses específicas na Itália. Nesses casos, reconhece-se ao provimento antecipatório, não impugnado, o caráter de título executivo ou até mesmo a natureza de sentença coberta pela coisa julgada (GRINOVER, 2005, p. 14).

No direito francês identificam prestações jurisdicionais, embora provisórias, autônomas e aptas a regular o litígio de forma definitiva. Aponta Paim (2012) que o *référé* francês possui característica de jurisdição sumária material decidida com base na aparência, na verossimilhança, mas, sobretudo, ensejando maior efetividade à tutela dos direitos. É nesse sentido que as tutelas tomadas em *référé* visam ao menos assegurar uma proteção provisória na espera de uma proteção final. No entanto podem ser usadas enquanto substituto eficaz de uma decisão definitiva, uma vez que a lei francesa não designa a obrigação de iniciar um processo de fundo (PAIM, 2012).

Em síntese, a ideia atrela-se a um procedimento extremamente rápido e simplificado, que encontra limite no respeito ao contraditório, quando diante de controvérsias complexas o “juiz do *référé*” envia a causa para uma formação colegial da jurisdição competente (PAIM, 2012).

A principal característica do *référé* é a sua independência com relação ao processo principal. Daí que após a concessão de uma tutela em *référé*, não se exige a instauração de um processo de mérito, sem excluir a possibilidade de a decisão provisória perdurar-se indefinidamente (CHAINAIS, 2007 *apud* PAIM, 2012).

“A decisão, como toda decisão provisória, é suscetível de ser substituída por uma decisão final de mérito, sendo, pois, dependente” (PAIM, 2012, p.107). Todavia, acrescenta o processualista que, o traço processual específico do *référé* é a independência *de fato* da

decisão provisória. Como não há obrigação do beneficiário da tutela concedida em instaurar o processo de mérito, é possível que o provisório se torne, de fato, definitivo.

Repisa-se que as decisões não fazem coisa julgada, já que é permitido às partes discutirem a matéria em uma ação ordinária. Mas na prática, as decisões francesas em sede de *référé* acabam por vislumbrar o deslinde do litígio sem a necessidade da plenariedade do feito. É por tal razão que Paim conclui que “embora não tenha poder de impedir a posterior discussão do mérito, os juízos de verossimilhança são respeitados e acabam por ter a autoridade de coisa julgada de fato, em um processo sumário material autônomo” (PAIM, 2012, p. 110).

Por todo o exposto, é inólvável que o pragmatismo do ordenamento francês, caracterizado por atos processuais informais, eleva a sumariedade material e cognitiva da decisão ao patamar da tão almejada efetividade do processo. Trata-se, destarte, de instituto que merece maior atenção dos estudiosos brasileiros e que, inexoravelmente, servem de inspiração em matéria de estabilização da tutela brasileira.

7 DIREITOS EVIDENTES

Modernamente, a exigência da prestação jurisdicional efetiva reclama tratamento diferenciado para os denominados “direitos evidentes”.

Como já levantado anteriormente a efetividade do processo tem íntima relação com tempestividade, que por sua vez exigiu o redimensionamento do sistema processual a fim de se encontrar técnicas mais adaptadas às novas exigências da sociedade moderna.

Para adentrarmos no campo das tutelas de evidência faz-se necessário embasarmos-nos na já estudada teoria da cognição. Ou melhor, baseando-se nos graus de cognição em seus respectivos planos sistematizados por Kazuo Watanabe chegaremos a um escalonamento lógico da intensidade da convicção do juiz.

Como cediço, a cognição exauriente é completa, atinge o mais amplo grau de profundidade no plano vertical e conduz ao tão aclamado juízo de “certeza”. Por outro lado, a cognição sumária é superficial, isto é, menos aprofundada no plano vertical e está relacionada com o juízo de “aparência”.

Os doutrinadores não são unívocos no que concerne às terminologias adequadas quanto ao significado de cada grau de convicção do juiz. Entretanto, a doutrina que mais se

aproxima do sistema processual brasileiro é aquela utilizada por Calamandrei, que esclarece as diferenças entre “possível”, “verossímil” e “provável”. Para ele, “possível” é o que pode ser verdadeiro, “verossímil” é o que aparenta ser verdadeiro (o que conduz ao juízo de “aparência”) e “provável” é o que se pode provar como verdadeiro (mais se aproximando com o juízo de “certeza”) (CALAMANDREI, 1962 *apud* WATANABE, 1999, p.127). Assim, essas terminologias conduzem, nesta ordem, uma gradual aproximação do reconhecimento do que é verdadeiro.

A nossa legislação acolheu algumas dessas terminologias como consta do art. 273 do CPC - verossimilhança - e do art. 6º, III do CDC - verossímil, que conduzem ao sentido de alta probabilidade de ser verdadeiro.

Paulatinamente, além da aparência e certeza, pode-se dizer que as transformações sociais trouxeram outro grau de convicção do juiz que conclama tratamento diferenciado: a evidência.

Os ensinamentos do Ministro Fux (2000) são fundamentais para a compreensão do significado de “evidência” e “direitos evidentes”.

A evidência não está relacionada com a urgência, mas com a necessidade da prestação de um provimento jurisdicional tempestivo:

Direito evidente, sob o prisma civil, é aquele que se projeta no âmbito do sujeito de direito que postula. Sob o prisma processual, é evidente o direito cuja prova dos fatos sobre os quais incide revela-os incontestáveis ou ao menos impassíveis de contestação séria (FUX, 2000; FUX, 1996).

Mutatis mutandis pode-se aplicar à evidência a técnica utilizada pelo legislador no mandado de segurança que informa a “liquidez e certeza” (FUX, 2000).

O Ministro Luiz Fux já estudava a tutela dos direitos evidentes desde a positivação do instituto da antecipação de tutela. O ilustre processualista defende que a tutela da evidência é mais ampla e tem como finalidade estender a tutela antecipatória a todo direito evidente, em todos os níveis de satisfatividade, processos e procedimentos (FUX, 2000).

A busca da “certeza” dos fatos restou-se utópica modernamente, embora tida como ideal já que privilegia a segurança jurídica não deve ser mais encarada como o cerne para a decisão justa e eficaz. Isto porque as elevadas demandas de litígios, que rotineiramente reclamam solução pelo Poder Judiciário, atrelada a outras questões de cunho econômico-social, inviabilizam a prestação de provimentos jurisdicionais céleres nos moldes da ordinariedade do processo. É por este motivo que a lentidão do processo se tornou praxe no Poder Judiciário brasileiro, que além de trazer insatisfação aos jurisdicionados permeiam um processo ineficaz.

Posto isso, hoje não é mais concebível que a certeza jurídica se revele enquanto pressuposto absoluto do processo. Vale lembrar as palavras de Ricci (*apud* DORIA, 2003, p. 77): “não existem, em suma, nem mesmo aqui, rosas sem espinhos; e quem deseja evitar os espinhos deve ser particularmente cuidadoso ao tocar a rosa”. Analogamente, não existe no processo decisões sem riscos. E, se até mesmo o juízo da certeza comporta riscos, não há razão para negar que diante de direitos evidentes deve-se prontamente satisfazê-los. Sob pena de os riscos, que já são inerentes ao processo, se revelarem na esfera material do titular do direito evidente, cujas consequências danosas podem se tornar irreversíveis.

Essa deve ser a moderna visão do acesso à justiça em consonância com as técnicas processuais adequadas à satisfação tempestiva dos direitos evidentes e com os postulados da efetividade e duração razoável do processo, mas sem ofensa ao direito de defesa e contraditório.

8 AS ESPÉCIES DE TUTELA E SUAS DIFERENÇAS

Antes de adentrarmos ao campo da discussão quanto às espécies de tutela e suas diferenças, o momento é oportuno para conceituar institutos como: “tutela jurisdicional”, “tutela diferenciada” e “tutela antecipada”.

Para Marinoni (2010, p. 112-113):

[...] a tutela jurisdicional pode, ou não, prestar a tutela do direito. Há tutela do direito quando a sentença e a decisão interlocutória *reconhecem* o direito material. Isso significa que a tutela jurisdicional engloba a sentença de procedência (que presta a tutela do direito) e a sentença de improcedência (que não presta a tutela do direito, embora constitua resposta ao dever do Estado de prestar a tutela jurisdicional). Daí já se percebe que a decisão interlocutória e a sentença constituem apenas técnicas para a prestação da tutela do direito. Ou seja, resposta ou tutela jurisdicional há sempre, mas tutela do direito apenas existe no caso em que o processo reconhece o direito, isto é, quando a sentença é de procedência.

Por outro lado, tutela diferenciada “é uma forma de prestação de tutela jurisdicional por métodos diversos dos tradicionais em que a tutela antecipada é um exemplo dessa tutela” (PEREIRA, 2011, p. 30).

Nesta tenda, é imperioso destacar a definição de Grinover (2005, p. 11):

[...] chamaremos de “tutela diferenciada” aquela que se contrapõe à obtida pelo procedimento ordinário, considerando o paradigma das formas processuais em boa parte do século passado, por possibilitar a solução dos conflitos de maneira segura, cercando o exercício da função jurisdicional das mais plenas garantias e culminando com a sentença de mérito e a estabilidade da coisa julgada.

Neste contexto também são tutelas diferenciadas além daquelas previstas em sede de procedimentos especiais do Livro IV do CPC, aquelas lastreadas com base na combinação dos

diferentes graus de cognição já discutidos no *item 4.2*, da qual se insere a tutela de evidência fundada na incontrovérsia de parcela da demanda (art. 273, § 6º, do CPC).

Por fim, inúmeros são os conceitos quanto à tutela antecipada. Para Nery Júnior (1994 *apud* PEREIRA, 2011, p. 30): “[...] é a tutela satisfativa no plano dos fatos, já que realiza o direito”. A antecipação da tutela, portanto, tem caráter satisfativo uma vez que o juiz decide a lide, ainda que provisoriamente, entregando ao requerente a tutela pretendida, total ou parcialmente, através da técnica de cognição sumária (PEREIRA, 2011). Insta também acrescentar a conceituação trazida por Gonçalves: “a antecipação da tutela consiste na possibilidade de o juiz antecipar os efeitos da sentença, para uma fase do processo anterior àquela em que normalmente tais efeitos seriam produzidos” (GONÇALVES, 2011, p. 672).

Imperioso acrescentar que a insistência de fundamento *chiovendiano* “no sentido de que só há jurisdição onde há provimento capaz de produzir a coisa julgada material” não passa de uma falácia.

A idéia de ligar jurisdição a coisa julgada material, que deu origem ao “mito da coisa julgada”, está destinada a desaparecer em vista das novas exigências do mundo contemporâneo, que não mais podem esperar a “coisa julgada material” (isto é, a declaração relevante, que somente pode ser produzida pela cognição exauriente) para a realização dos direitos. Não é apenas a qualidade da coisa julgada material que dá conteúdo a um provimento, nem é apenas a tutela marcada pela coisa julgada material que incide sobre as relações substanciais. A tutela satisfativa (de cognição) sumária realiza o direito material afirmado, obviamente incidindo (ainda que, na angulação processual, de forma provisória) sobre o plano das relações substanciais. A realização de um direito através da tutela antecipatória é realização de um direito que preexiste à sentença de cognição exauriente (MARINONI, 2011b, p. 44).

Salienta-se que tutela cautelar e tutela antecipada não se confundem, embora haja semelhanças uma vez que ambas, genericamente, são de urgência, baseadas em cognição sumária sem autoridade de coisa julgada. Mas ainda assim, fazem-se necessários esclarecimentos uma vez que tutela antecipada nem sempre é de urgência, e vice-versa.

O nobre jurista explica que:

[...] não é correto pensar que a *urgência* é a nota caracterizadora da tutela antecipatória, ou melhor, que a tutela de urgência é gênero do qual constituem espécies a tutela antecipatória e tutela cautelar. É que aí faltaria lugar para a tutela antecipatória fundada em abuso de direito de defesa. Ora, o que importa, considerando-se o art. 273, *que possui um caput que se refere à tutela antecipatória fulcrada em fundado receio de dano e à tutela antecipatória fundada em abuso de direito de defesa, é pensar em um gênero que seja capaz de cobrir estas duas espécies de tutelas*; a urgência, como é óbvio, nada tem a ver com a tutela antecipatória fundada no inciso II do art. 273, e, desta maneira, tem ligação direta apenas com um dos incisos do seu *caput* (MARINONI, 2011b, p. 46).

Por estas razões, tutela antecipada é gênero, que se subdivide nas seguintes espécies: tutela antecipada de urgência fulcrada no risco de dano ou perigo (art. 273, I, do CPC), tutela antecipada fundada em abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu

(art. 273, II, do CPC) e tutela antecipada fundada na incontrovérsia de parcela da demanda (art. 273, § 6º, do CPC).

Portanto, é correta a assertiva de que a tutela antecipada *pode* ser deferida em casos de urgência, embora também possa relacionar-se com a evidência (como nos casos do inciso II e § 6º, ambos do CPC).

É neste sentido que Gonçalves (2001, p. 672) acrescenta que:

A tutela antecipada permite uma melhor distribuição do ônus da demora no processo, permitindo que o juiz, sendo verossímeis as alegações do autor, conceda antes aquilo que só concederia ao final, quando há perigo de prejuízo irreparável, abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório, ou quando determinadas pretensões são incontroversas.

Entretanto, diante dessa assertiva, com a devida *vênia*, faz-se necessária uma observação. A prova inequívoca da verossimilhança das alegações é requisito das antecipações de tutela fundada na urgência (art. 273, I, do CPC) e no abuso de direito de defesa (art. 273, II, do CPC); todavia, a tutela antecipatória em face da parcela incontrovérsia opera juízo de convicção mais robusto do que a mera verossimilhança, afinal diante da resignação de parcela da demanda pelo réu (seja pela não contestação seja pelo próprio reconhecimento) a convicção judicial tem maior proximidade ao juízo de certeza.

8.1 Tutelas de urgência

As tutelas de urgência são concedidas em sede de decisões liminares, isto é, concedidas antes do término do processo, uma vez que “o juiz antecipa para uma fase anterior, no todo ou em parte, os efeitos que seriam produzidos somente após a sentença, caso não coubesse recurso com efeito suspensivo” (GONÇALVES 2011, p. 672). No sentido etimológico da palavra “liminar” significa limiar ou começo, contudo num sentido mais pragmático deve ser compreendido enquanto a satisfação de um direito antes da decisão final ou, a concessão de uma medida de urgência que assegure a efetividade de outro pedido principal.

Portanto as tutelas de urgência são gênero, do qual se subdividem nas espécies antecipação de tutela fundada no inciso I do art. 273 e medidas cautelares.

São características básicas das tutelas de urgência a sumariedade da cognição, provisoriedade e revogabilidade. Já que a urgência e o risco de dano irreparável são requisitos primordiais ao deferimento das tutelas de urgência, a cognição é sumária fundada no juízo da verossimilhança ou até mesmo o “*fumus boni juris*”, o que por sua vez inviabilizam a sua

definitividade e, por isso, podem ser revogadas a qualquer tempo, antes da decisão final, em decisão fundamentada (art. 273, § 4º; art. 807, ambos do CPC).

8.1.1 Tutela cautelar / conservativa

As medidas cautelares encontraram-se disciplinadas no Livro III do CPC (arts. 796 e seguintes) e têm como características primordiais a referibilidade, não satisfatividade, além daquelas já mencionadas anteriormente que são comuns ao gênero tutela de urgência.

Nesse diapasão vale transcrever as palavras de Marinoni (2011b, p.106):

A tutela cautelar tem por fim assegurar a viabilidade da realização de um direito, não podendo realizá-lo. A tutela que satisfaz um direito, ainda que fundada em juízo de aparência, é “satisfativa sumária”. A prestação jurisdicional satisfativa sumária, pois nada tem a ver com a tutela cautelar. A tutela que satisfaz, por estar além de assegurar, realiza missão que é completamente distinta da cautelar. Na tutela cautelar há sempre referibilidade a um direito acautelado. O direito referido é que é protegido (assegurado) cautelarmente. Se inexistente referibilidade, ou referência a direito, não há direito acautelado.

Em outros termos, esta é a linha de diferenciação entre a tutela cautelar e tutela antecipatória fundada no risco de dano irreparável. Enquanto que a primeira é conservativa ou assecuratória do direito final pretendido, a segunda é satisfativa já que é dotada de concretude ou realização do direito pretendido na inicial.

É o que prevê o Livro III (*Do Processo Cautelar*), Título Único (*Das Medidas Cautelares*): o procedimento cautelar pode ser instaurado antes ou no curso do processo principal e deste é sempre dependente (art. 796, do CPC). Ademais, dispõe o art. 806 do CPC que cabe à parte propor a ação, no prazo de trinta dias, contados da data da efetivação da medida cautelar, quando esta for concedida em procedimento preparatório.

Por fim, a tutela cautelar é sempre de urgência, pressupondo a existência de risco de dano irreparável ou de difícil reparação. Ademais, tem como requisito o “*fumus boni juris*” e o “*periculum in mora*”. Observa-se, assim, a similitude com os requisitos da tutela antecipada fundada na urgência, embora se deva entender que a verossimilhança exigida na tutela cautelar (“*fumus boni juris*”) seja menos intensa que a da antecipada (GONÇALVES, 2011).

8.1.2 Tutela antecipatória / satisfativa

Quando a tutela antecipada é de urgência, ou seja, fundada no receio de dano irreparável ou de difícil reparação (art. 273, I, do CPC), exige-se os seguintes requisitos: prova inequívoca da verossimilhança das alegações, perigo de dano irreparável ou de difícil reparação e a não irreversibilidade do provimento.

Quanto ao primeiro requisito supra, faz-se necessário melhor esclarecimento como ponderado por Gonçalves (2011, p. 675):

A expressão prova inequívoca não pode ser traduzida como prova definitiva, cabal, conclusiva, porque o provimento antecipado é provisório, dado em cognição superficial, já que a definitiva é exigida apenas para o julgamento do processo. A expressão deve ser interpretada como prova consistente que, em exame ainda superficial, sem a oportunidade de prova, seja suficiente para convencer o juiz da verossimilhança das alegações. O juízo emitido será provisório, bastando que o juiz se convença da plausibilidade das alegações.

Ademais, quanto ao requisito da não irreversibilidade, esta se atrela aos efeitos do provimento e não ao provimento propriamente dito uma vez que este, em princípio, sempre poderá ser revertido (GONÇALVES, 2011). Destarte, a irreversibilidade deve ser levada em conta tanto para negar quanto para conceder a tutela. Em razão disso, o juiz deverá denegar a tutela antecipatória caso a sua concessão possa gerar situação irreversível. *A contrario sensu*, se a denegação gerar efeito irreversível é clara situação de receio de dano irreparável ou de difícil reparação, justificando a concessão da antecipação de tutela. Entretanto, se tanto a eventual denegação quanto eventual concessão da tutela antecipatória puderem acarretar situação irreversível, a solução deverá lastrear-se com base no princípio da proporcionalidade.

Por fim, a tutela antecipatória em análise é satisfativa já que realiza o direito material afirmado, entretanto, é provisória em razão da cognição sumária, requerendo, portanto, confirmação em decisão de mérito *final* (sentença).

8.2 Tutelas de evidência

Tutela de urgência não se confunde com tutela de evidência. Enquanto a primeira tem como requisito a comprovação do perigo de dano e prova inequívoca da verossimilhança das alegações, para a concessão da segunda fica dispensada a demonstração de risco de dano irreparável ou de difícil reparação.

Como já exposto, evidentes são aqueles direitos incontestes ou ao mesmo impassível de contestação séria (FUX, 2000). Portanto, exigem imediata satisfação uma vez que se encontram num plano muito próximo do reconhecimento da verdade.

Fux (2000) acertadamente assegura que se trata de situações em que se opera mais que o *fumus boni iuris*, nas quais a alta probabilidade do direito alegado reclama resultado jurisdicional imediato que não se coadunam com a ordinariedade do processo sem a previsão de técnicas diferenciadas. De tal sorte, a demora do processo ordinário até a satisfação do interesse do demandante - só após o trânsito em julgado - traz grave desprestígio para o Poder Judiciário e, sobretudo, a injustiça e ilegitimidade da decisão.

Portanto, pretensões deduzidas em juízo que se revelem evidentes, tal como o direito “líquido e certo” (que autoriza a concessão do *mandamus*) ou o direito documentado de plano pelo exequente impõem a concessão de tutelas diferenciadas, justas, que só podem ser alcançadas se em tempo razoável.

O projeto do novo código de processo civil prevê quatro situações que se aplicam à tutela de evidência. Dispõe o art. 278 que 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; (iv) a matéria for unicamente de direito e houver jurisprudência firmada em julgamento de casos repetitivos ou súmula vinculante.

É objeto deste estudo a tutela de evidência fundada na incontrovérsia de parcela da demanda (art. 273, § 6º, do CPC).

Antes de adentrarmos ao estudo desta tutela diferenciada, o momento é oportuno para apontar as diferenças entre tutelas de urgência (satisfativas ou cautelares) e a tutela de evidência fundada no § 6º do art. 273, do CPC.

Com relação à tutela de urgência, é fundada na verossimilhança da alegação, em situação de urgência lastreada pelo perigo na demora e *fumus boni iuris*, que enseja a antecipação satisfativa da tutela ou medida cautelar conservativa em sede de cognição sumária. A medida é liminar, cuja decisão é provisória e revogável, inclusive pelo próprio juiz de primeiro grau.

De outra parte, a tutela de evidência prevista no art. 273, § 6º, do CPC, é fundada na incontrovérsia de um ou mais dos pedidos cumulados ou parcela do pedido e, portanto, na presunção de veracidade dos fatos alegados pelo autor, visto que independem de prova. Reitera-se que evidência não se confunde com urgência, já que não exige demonstração de perigo de dano irreparável. Não se trata de medida liminar, uma vez que a cognição é

exauriente e, portanto, a tutela é definitiva (não exige confirmação) e apta à produção da coisa julgada na hipótese de resignação.

Diante dessas peculiaridades, há necessidade de um estudo mais verticalizado no que concerne à tutela de evidência fundada no art. 273, § 6º, do CPC.

9 TUTELA DE EVIDÊNCIA FUNDADA NA INCONTROVÉRSIA DE PARCELA DO PEDIDO OU UM DOS PEDIDOS CUMULADOS

Dispõe o art. 273, § 6º do CPC que: “A tutela antecipada também poderá ser concedida quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso”.

Antes de abordar todos os aspectos que circundam esta tutela diferenciada é oportuna a discussão de algumas indagações teóricas do processo civil para melhor compreensão deste instituto, a saber: Qual o significado de incontrovérsia? Qual ou quais espécies de cumulação de pedidos sugerem a concessão desta tutela? Em que hipóteses estão autorizadas a sua concessão? E finalmente, após a ilustração com exemplos práticos, discutir aspectos mais profundos como a natureza da decisão, o grau de cognição, a aptidão da coisa julgada e recurso cabível.

9.1 A incontrovérsia dos fatos e a sua aplicação procedimental

Dispõe o art. 334 do CPC que independem de prova os fatos admitidos no processo como incontroversos. O mesmo dispositivo remete ao art. 302 do CPC, que trata do ônus da impugnação especificada dos fatos e, por sua vez, dos princípios da eventualidade e da concentração.

Por derradeiro, nosso sistema processual não se coaduna com contestações genéricas e com o emprego de defesas evasivas desprovidas de fundamento. Destarte, a contestação deve ser considerada em face de uma defesa ativa do réu, ou seja, da necessidade de contestação especificada dos fatos constitutivos.

Incontrovérsia significa fatos incontestáveis ou que independem de provas (definição legal: art. 334, III, CPC), que remete à aplicação do § 6º do art. 273 quando, na contestação, parcela da demanda pleiteada não for impugnada ou for reconhecida pelo requerido.

Convém observar, que em termos técnicos, como bem colocado por Barbosa (2011), ao contrário do que sugere a redação do Projeto de Lei n. 166 (projeto do novo código de processo civil), no art. 278, II, a incontrovérsia não é do pedido ou de parte dele, mas dos fatos (causa de pedir remota) que embasam o direito (causa de pedir próxima) do qual o pedido é consectário.

Por outro lado, algumas observações são imprescindíveis no que concerne às regras procedimentais atinentes à incontrovérsia.

Primeiramente, impende deixar claro que a tutela antecipatória do § 6º do art. 273 na hipótese de não contestação de parte dos fatos constitutivos do direito não se confunde com o tradicional julgamento antecipado do mérito a partir da revelia, embora a consequência seja a mesma: presunção de veracidade dos fatos alegados pelo autor.

Posto isso, se o réu não contestou fato a fato, parcela da demanda se apresentará incontroversa, aplicando-se o § 6º do art. 273 do CPC. Enquanto que revelia e incidência de seus efeitos relacionam-se à inércia do réu com relação à integralidade da demanda, ou seja, a não apresentação da contestação da ação no prazo legal (art. 319), que remete ao julgamento antecipado da lide nos moldes do art. 330, II, CPC.

Neste contexto, se o réu deixou de impugnar determinado fato alegado pelo autor, ainda que haja impugnação quanto aos demais, deverá implicar no fracionamento do julgamento da demanda. Assim, os fatos incontroversos apresentar-se-ão maduros para julgamento já que independem de provas. De outra parte, com relação à parcela controvertida - impugnada na contestação - deverá seguir curso, implicando em dilação probatória para a formação da convicção do magistrado ao julgamento, ainda que em momento futuro.

Ademais, cabe frisar que a presunção do art. 302 não é, e nem deve ser, automática. Isto quer dizer que não basta a não contestação de determinado fato para, por si só, incidir a presunção de veracidade, já que ainda que o réu não tenha impugnado diretamente um fato alegado pelo autor, a defesa deve ser analisada em seu conjunto. Nesta linha Marinoni (2011a, p. 166) assevera que “é necessária, ainda, a ausência de outras afirmações que possam, ainda que implicitamente, demonstrar a vontade de contestar a alegação”

Além disso, observa o ilustre processualista que se deve considerar que não é apenas a falta de impugnação ou a admissão dos fatos constitutivos que geram a incontrovérsia, haja

vista que esta pode se apresentar no decurso do processo, mesmo que após a negação dos fatos constitutivos (MARINONI, 2011a).

Frise-se que não basta a ausência de contestação especificada para a aplicação do § 6º do art. 273, sendo necessário que o juiz verifique se do fato admitido como incontroverso decorre a consequência jurídica pretendida pelo autor.

Neste contexto, o legislador criou a tutela antecipada fundada na incontrovérsia de parcela da demanda, que tem características peculiares e nos remete a uma discussão mais verticalizada no que concerne à natureza desta decisão: é mera tutela antecipada provisória ou é julgamento antecipado parcial da lide nos moldes do art. 330? E mais, se for julgamento antecipado parcial da lide, o nosso sistema admite sentença parcial? Mas antes de adentrarmos nesta discussão estudaremos as espécies que cumulação de pedidos e as hipóteses que autorizam a concessão da tutela em questão.

9.2 Das espécies de cumulação de pedidos

A legislação brasileira permite a cumulação de pedidos - cumulação objetiva - numa mesma demanda, contra um mesmo réu, ainda que entre eles não haja conexão. Entretanto o art. 292 do CPC impõe três requisitos de admissibilidade, a saber: que os pedidos sejam compatíveis entre si; que o juízo seja competente para julgar qualquer deles e; que seja adequado para todos os pedidos o tipo de procedimento (contudo, se cada pedido corresponder tipo diverso de procedimento permitir-se-á a cumulação se o autor empregar o procedimento ordinário).

A cumulação de pedidos é dividida em duas espécies básicas: cumulação própria e cumulação imprópria (CRUZ E TUCCI; BEDAQUE, 2002 *apud* ARAÚJO, 2008, p. 203).

Na primeira espécie de cumulação o sistema possibilita o acolhimento de todos os pedidos, diferentemente do que ocorre na cumulação imprópria, em que o acolhimento de um dos pedidos exclui os demais.

A cumulação própria inclui as espécies de cumulação simples e cumulação sucessiva. Em ambas, o demandante busca o atendimento de mais de um pedido ao mesmo tempo.

Na cumulação simples, cada um dos pedidos poderia ensejar ação própria, mas por aspectos ligados ao interesse do autor, as demandas são cumuladas numa verdadeira ampliação do objeto litigioso do processo. Assim, considerando que há autonomia entre as pretensões nesta espécie de cumulação, impende destacar que o julgamento é livre, ou seja,

podendo ser considerado procedente um pedido e improcedente outro (ASSIS, 2002 *apud* ARAÚJO, 2008, p. 204). O sistema apenas veda o julgamento *extra, ultra* ou *infra petita*.

Na cumulação simples o valor da causa será o valor da soma dos pedidos cumulados. Além disso, cumpre destacar que essa espécie de cumulação gerará uma sentença em capítulos conforme os primorosos ensinamentos de Dinamarco (2002). Ademais, se os pedidos são autônomos é permitida a “desacumulação” na hipótese de incontrovérsia de parcela da demanda como será oportunamente discutido no decorrer do estudo.

Quanto à cumulação sucessiva, diferentemente da cumulação simples, há dependência lógica entre os pedidos. Melhor dizendo, o acolhimento do segundo pedido dependerá do deferimento do primeiro, numa verdadeira relação de prejudicialidade. Assim, se o primeiro pedido não for acolhido, o segundo restará prejudicado.

Deve-se lembrar que nos casos de cumulação sucessiva poder-se-ia existir questões prejudiciais *incidenter tantum*, mas por opção do autor as pretensões são cumuladas na inicial.

Diferentemente da cumulação própria, na cumulação imprópria, a bem da verdade, atende-se à eventualidade, uma vez que apenas um dos pedidos pode ser acolhido.

A cumulação imprópria se subdivide em duas espécies: cumulação alternativa e cumulação subsidiária.

Dispõe o art. 288 do CPC que o autor poderá formular pedidos alternativos quando a obrigação, por sua natureza, puder ser cumprida de mais de um modo. Não há nenhuma relação de hierarquia entre os pedidos alternativos, como é o caso, por exemplo, da hipótese que envolve consignação fundada em dúvida de quem é o real credor.

Por outro lado, na cumulação subsidiária ou eventual (art. 289, CPC) há relação de hierarquia ou preferência entre os pedidos, uma vez que o pedido subsidiário somente será analisado no caso de rejeição do pedido principal. De tal sorte que, a decisão judicial deverá enfrentar o pedido principal e, caso não o acolha, passa-se a enfrentar o pedido subsidiário, sob pena de proferir sentença *citra petita*. Nada impede, portanto, que o segundo pedido reste prejudicado no acolhimento do primeiro, ou até mesmo que ambos sejam julgados improcedentes.

Diante disso, é de se concluir que inexoravelmente a cumulação própria simples sugere a concessão da tutela de evidência fundada na incontrovérsia de um dos pedidos cumulados. É, portanto, uma clara hipótese de “desacumulação” dos pedidos, a fim de se tutelar um direito evidente (já que quanto a este, a causa está madura para ser julgada),

mesmo que um dos pedidos ainda controvertido no feito continue a tramitação até a última decisão de mérito.

Além do mais, não é apenas a cumulação própria simples que viabiliza a aplicação do art. 273, § 6º, do CPC. Cumpre salientar que a cumulação sucessiva também pode ensejar a tutela de evidência fundada na parcela incontroversa da demanda, como *data venia*, exemplificado por Marinoni (2011a, p. 195): “[...] nada impede o julgamento antecipado dos pedidos declaratório e constitutivo, como no caso da ação de resolução de contrato cumulada com perdas e danos [...]”. Nesta, a reparação por danos é condicionada à resolução do contrato. Entretanto, acrescenta o processualista que se a resolução do contrato já evidenciar-se incontroversa mediante prova documental trazida aos autos em audiência preliminar, só restará o julgamento do pedido controverso relativo à indenização por perdas e danos. Portanto, cabe tutela antecipatória mediante o julgamento antecipado do pedido da resolução do contrato, aplicando-se o § 6º do art. 273.

9.3 Espécies de pedidos que possam ser julgados antecipadamente

Todas as espécies de pedido podem ser objetos de julgamento antecipado de um dos pedidos cumulados: pedidos declaratório, constitutivo, condenatório, executivo ou mandamental.

Marinoni (2011a) alerta que a dúvida poderia se instalar com relação aos pedidos declaratório e constitutivo, visto que se poderia argumentar que tutelas antecipadas não poderiam ter natureza declaratória ou constitutiva já que não se coadunam com decisão provisória.

Este argumento é pertinente em se tratando de tutela antecipada fundada em cognição sumária. Contudo, essa não é preocupação com relação aos provimentos em sede de cognição exauriente.

Cumpre salientar, portanto, que a tutela antecipatória mediante o julgamento antecipado de parcela da demanda é fundada em cognição exauriente, e assim, não é provisória e revogável - conforme oportunamente será demonstrado.

9.4 Hipóteses que permeiam a concessão da tutela de evidência do artigo 273, § 6º, do CPC

São basicamente três as hipóteses que margeiam a concessão da tutela de evidência nos moldes do art. 273, § 6º, do CPC: (i) não contestação parcial da demanda; (ii) reconhecimento jurídico de um dos pedidos cumulados ou parcela de um pedido e; (iii) prova suficiente na inicial para tornar parte da demanda incontrovertida.

9.4.1 Não contestação de parcela da demanda

Como já mencionado, no direito brasileiro a mera não contestação não vincula ao juiz a conceder a tutela antecipatória. Para tanto, é preciso também que dos fatos não impugnados decorram os efeitos jurídicos pretendidos na inicial.

Antes de analisar os efeitos da não contestação no que concerne ao art. 273, § 6º, faz-se necessário relembrar alguns conceitos processuais, e suas diferenças, para inviabilizar dúvidas: confissão, não contestação e reconhecimento jurídico do pedido.

Primeiramente, cumpre salientar que os efeitos jurídicos da confissão, da não contestação e do reconhecimento jurídico do pedido só se aplicam aos direitos disponíveis.

A confissão pode ser judicial ou extrajudicial, sendo que a primeira ainda pode ser espontânea ou provocada (art. 349, CPC). A confissão espontânea pode ser feita tanto pela parte quanto por seu procurador com poderes especiais em qualquer fase do processo. Já a confissão provocada só pode ser declarada pela parte no seu depoimento pessoal; é dizer, o único momento oportuno é na audiência de instrução e julgamento.

Confissão significa admitir fatos desfavoráveis aos próprios interesses, mas favoráveis à parte adversária. Ademais, fatos alegados por uma parte e confessados pela parte contrária independem de prova (art. 334, II, CPC).

Entretanto, no que concerne a não contestação só haverá presunção de veracidade dos fatos alegados pelo autor se a defesa em seu conjunto não apresentar afirmações que demonstrem a vontade de impugnar, ainda que implicitamente (art. 319 c/c 302, III, CPC).

Assim, os efeitos da confissão e da revelia podem ser equiparados: tanto a confissão faz prova contra o confitente (art. 350, CPC), quanto a não contestação pode tornar um fato incontroverso, dispensando o autor de prová-los (arts. 302 e 334, III, do CPC) e o juiz de buscar outro convencimento sobre o fato.

Entretanto, deve-se destacar diferença crucial destes institutos com o reconhecimento jurídico do pedido. Tanto na confissão quanto na não contestação, o requerido admite apenas

os fatos. Diferentemente do que ocorre no reconhecimento jurídico do pedido, no qual a admissão é mais ampla, que encampa o próprio pedido.

Portanto, a confissão e a não contestação não implicam na automática procedência do pedido do autor, visto que como já mencionado fatos confessados ou não contestados podem não coincidir com os efeitos pretendidos pelo autor na inicial. Logo, como bem esclarece Marinoni (2011a), ambos visam facilitar o julgamento da lide, dado que a admissão de veracidade dos fatos diminui a matéria probatória a ser examinada.

Ao passo que o reconhecimento jurídico do pedido vincula o juiz, que fica obrigado a encerrar o processo com resolução de mérito (art. 269, II, CPC), tornando desnecessário o próprio pronunciamento judicial.

Em se tratando da não contestação atinente à antecipação de tutela contemplada pelo art. 273, § 6º, a não impugnação especificada dos fatos atrelada ao efeito jurídico pretendido pelo autor vinculam ao juiz à prestação da tutela de evidência quando parcela do pedido ou um dos pedidos cumulados não forem contestados. *Data venia* cumpre ilustrar com um exemplo trazido pelo ilustre Marinoni (2011a, p. 176): “[...] o autor, vítima de acidente automobilístico, pede a condenação do réu ao pagamento de danos emergentes e lucros cessantes [...]”. Ademais, continua o mesmo processualista que o réu não nega a responsabilidade que lhe foi imputada, mas afirma serem devidos apenas os danos emergentes.

Assim, se o réu não contesta sua responsabilidade, mas impugna apenas os lucros cessantes, não há razão para não admitir a imediata tutela ressarcitória dos danos emergentes uma vez que se aplica o art. 273, § 6º. Aliás, como já mencionado em outros momentos, não se pode prejudicar o autor que tem razão e beneficiar o réu que não a tem em respeito ao princípio constitucional da efetividade do processo.

Assim, diante da desnecessidade de instrução probatória quanto aos danos emergentes caberá a concessão da denominada tutela de evidência fundada na incontrovérsia de parcela da demanda.

9.4.2 Reconhecimento jurídico de um dos pedidos cumulados ou parcela de um pedido

Como já afirmado o reconhecimento jurídico vincula ao juiz em prolatar a sentença com resolução de mérito, encerrando-se o processo (art. 269, II, do CPC).

Isto é o que ocorre em se tratando da integralidade da demanda. Entretanto quando o reconhecimento jurídico do pedido concernir apenas um dos pedidos cumulados ou parcela do pedido aplica-se o art. 273, § 6º, do CPC.

Fica fácil a compreensão por meio de um exemplo: o autor ajuíza ação condenatória para pagamento de quantia certa no valor de mil reais. O réu reconhece a dívida, mas quanto ao valor de oitocentos reais. Torna-se evidente que parcela do pedido se tornou incontroversa no que concerne aos oitocentos reais, tornando-se controvertidos apenas quanto aos duzentos reais remanescentes.

Neste caso, não é justo que o autor suporte o ônus do tempo do processo até a decisão final de mérito que encerre o procedimento cognitivo em primeiro grau. Assim, se parcela da demanda se apresenta madura para o julgamento - seja porque diz respeito à matéria de direito seja porque independe de instrução probatória - deve-se prestigiar a garantia fundamental da duração razoável do processo.

A solução neste caso é a antecipação da tutela *final* (termo este que será em breve esclarecido) no que concerne à satisfação da parcela incontroversa e, continuar o processo quanto à parcela controvertida que dependerá de instrução probatória.

9.4.3 Suficiência probatória de parcela do pedido ou um dos pedidos cumulados

Diz o art. 331 do CPC que deverá ser designada a audiência preliminar quando o direito admitir a transação, as circunstâncias do caso não tiverem evidenciado a improbabilidade de sua obtenção e se o caso não for de julgamento conforme o estado do processo (extinção do processo - arts. 267 e 269, II a V, do CPC - ou julgamento antecipado da lide - art. 330, CPC). Nesta, será tentada a conciliação, que se infrutífera o juiz deverá sanear o feito nos moldes do § 2º do art. 331, do CPC: decidir questões processuais pendentes, fixar pontos controvertidos, determinar as provas a serem produzidas e designar audiência de instrução e julgamento se necessário.

Assim, como bem aponta Marinoni (2011a), a audiência preliminar é o momento mais adequado para que o juiz fixe os pontos controvertidos, uma vez que nesta ocasião poderá dialogar diretamente com as partes, confrontando argumentos de cada uma delas e pedindo esclarecimentos se for o caso.

Entretanto, ainda que não seja possível a fixação dos pontos controvertidos na audiência preliminar (quando as circunstâncias evidenciarem a improbabilidade da transação),

o juiz não poderá deixar de fixá-los no despacho saneador. Momento em que, inclusive diante de incontrovérsia de parcela da demanda, seja pela não impugnação seja pelo reconhecimento jurídico seja pela suficiência probatória o magistrado não poderá deixar de aplicar o art. 273, § 6º, do CPC.

No caso de o autor já tiver instruído a inicial com provas dos fatos constitutivos, e ainda que haja impugnação do requerido, se esta não for idônea o suficiente para contrastá-las, o juiz poderá antecipar a tutela ainda que se trate de parcela da demanda.

Nestes mesmos moldes, prevê o projeto do novo Código e Processo Civil:

Será dispensada a demonstração de risco de dano irreparável ou de difícil reparação quando a inicial for instruída com prova documental irrefutável do direito alegado pelo autor a que o réu não oponha prova inequívoca (art. 278, inciso III, do Projeto de Lei do Senado nº 166, de 2010).

De outra parte, se o julgador se deparar com o cenário processual que exige produção de prova apenas no que se atine à parcela dos pedidos formulados na inicial, poderá deferir a antecipação dos pedidos que se revelarem incontroversos por não dependerem mais de dilação probatória.

Este raciocínio vai de encontro com as próprias premissas do sistema processual brasileiro, na medida em que existindo provas carreadas aos autos, que se apresentem suficientes à convicção do juiz, inexistente controvérsia acerca do pedido, que restará maduro para o julgamento.

É nesse sentido que Sant’Anna (2005, p. 125) defende que:

Se a parcela de um único pedido já se encontra perfeitamente comprovada, enquanto outra ainda necessita de dilação probatória, deve o juiz conceder a tutela antecipada da parte que não mais dependa de provas porque não há mais controvérsia.

No sistema processual contemporâneo:

Passou-se a defender algo mais efetivo que a medida cautelar, para antecipar, na medida do necessário, a efetiva tutela jurisdicional, *providências de mérito*, sem as quais a tardia solução do processo acabaria por configurar indesejável quadro de “denegação da justiça”, sem embargo da vitória serodidamente alcançada no pretório [grifo do autor] (THEODORO JÚNIOR, 1997 *apud* DILAY, 2008, p. 75).

Data venia, vale ilustrar com um exemplo dado por Sant’Anna (2005): Se “A” move ação de indenização em face de “B” em razão de acidente de trânsito, pedindo reparação pelos prejuízos decorrentes de internação hospitalar provocada pelo acidente, pelos gastos com o conserto com o veículo e lucros cessantes. Se a inicial vier acompanhada de recibos do hospital que comprovem as quantias despendidas com o tratamento médico-hospitalar, ainda que o réu conteste os fatos constitutivos, a impugnação não se mostrando idônea, atrelada à irrefutável demonstração nos autos que torne incontestado um dos pedidos (a reparação pelos

gastos médico-hospitalares), parcela da demanda estará pronta para julgamento. Assim, o processo só deverá prosseguir no que refere à produção de prova pericial para comprovação dos gastos do conserto do carro e do lucro cessante.

Portanto, a existência de suporte probatório cabal configura a suficiência de provas que autoriza a apreciação do mérito ainda que somente de um dos pedidos cumulados. Eis o cabimento da antecipação da tutela fundada no § 6º do art. 273, do CPC, que compatibiliza com os ditames constitucionais da efetividade e tempestividade.

9.5 A relativização do princípio da incindibilidade do julgamento

O art. 273, § 6º, do CPC permite ao magistrado julgar, em momentos distintos, os pedidos deduzidos pelo autor, na medida em que um deles ou uma parte deles se apresenta incontroverso. Diante dessas circunstâncias não há como negar a tutela antecipatória.

De acordo com o sistema clássico, não se admite a cisão do mérito. Aliás, esta é a premissa do princípio chiovendiano da unidade ou unicidade: “*della unità e unicità dela decisione*” (CHIOVENDA, 1965 *apud* DORIA, 2003).

Contudo, após a introdução do art. 273, § 6º, do CPC, o princípio da unicidade foi mitigado, relativizando a regra da incindibilidade do julgamento ao permitir a antecipação de parte da tutela pretendida pelo autor.

Bueno (2007) levanta as seguintes indagações a respeito da interpretação do dispositivo: trata-se de mais um “tipo” de tutela antecipada ao lado das situações descritas nos incisos I e II? Ou, diferentemente, o parágrafo 6º não se confunde com uma tutela antecipatória nos moldes do art. 273, e mais se aproxima da chamada “tutela antecipada para julgamento parcial da lide”?

Para este processualista, esta tutela cuida muito mais de uma técnica de desmembramento de pedidos cumulados ou de parcela deles do que, propriamente, de tutela antecipada.

Seria um paradoxo, já que próprio legislador incentiva a cumulação de pedidos pelo autor num único processo (art. 292, do CPC), não permitir o julgamento de parcela da demanda no caso de incontrovérsia. Destarte, trata-se de verdadeira cisão do julgamento. Se o sistema permite cumular pedidos seria ilógico e irracional proibir a “desacumulação”, já que violaria a economia processual e, sobretudo, a efetividade do processo.

De tal sorte, como bem adverte Marinoni (2011b) a cisão do julgamento decorre naturalmente da possibilidade de cumulação de pedidos, caso contrário violar-se-ia o princípio de que se deve prestigiar o autor que tem razão.

Deste modo, não seria justo, nem razoável fazer com que o autor tivesse que esperar o trâmite completo do processo, até o trânsito em julgado da decisão final de mérito, para que satisfizesse um direito evidente que se revelou incontroverso no curso da demanda.

Neste contexto, o provimento jurisdicional fundado no § 6º do art. 273 veio para deixar claro que hoje se admite a cisão do julgamento de mérito com o escopo primordial de concretizar o direito fundamental à duração razoável do processo e acesso efetivo à justiça.

É oportuno acrescentar que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça recentemente admitiu a cindibilidade do julgamento, aplicando-se o instituto em epígrafe em homenagem à garantia fundamental da duração razoável do processo:

RECURSOS ESPECIAIS. PROCESSUAL CIVIL. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. NÃO OCORRÊNCIA. VIOLAÇÃO DO ART. 273, § 1º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. ARTIGO 273, § 6º, DO CPC. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA PARA LEVANTAMENTO DO VALOR INCONTROVERSO DO CRÉDITO. POSSIBILIDADE. CONECTIVOS DA CONDENAÇÃO.

CABIMENTO.

[...]

3. Se um dos pedidos, ou parte deles, já se encontre comprovado, confessado ou reconhecido pelo réu, não há razão que justifique o seu adiamento até a decisão final que aprecie a parte controversa da demanda que carece de instrução probatória, podendo ser deferida a antecipação de tutela para o levantamento da parte incontroversa (art. 273, § 6º, do Código de Processo Civil).

4. Não se discute que a tutela prevista no § 6º do artigo 273 do CPC atende aos princípios constitucionais ligados à efetividade da prestação jurisdicional, ao devido processo legal, à economia processual e à duração razoável do processo, e que a antecipação em comento não é baseada em urgência, nem muito menos se refere a um juízo de probabilidade (ao contrário, é concedida mediante técnica de cognição exauriente após a oportunidade do contraditório).

Porém, por questão de política legislativa, a tutela do incontroverso, acrescentada pela Lei nº 10.444/02, não é suscetível de imunidade pela coisa julgada, inviabilizando o adiantamento dos consectários legais da condenação (juros de mora e honorários advocatícios).

[...]

(REsp 1234887/RJ, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 19/09/2013, DJe 02/10/2013)

Entretanto, como já levantado, o instituto em questão não se confunde com o julgamento antecipado de mérito a partir da revelia, embora a consequência seja a mesma: presunção de veracidade dos fatos alegados pelo autor.

Se o réu não contestou fato a fato, parcela da demanda se apresentará incontroversa, aplicando-se o § 6º do art. 273, do CPC. Enquanto que revelia e incidência de seus efeitos estão relacionadas à inércia do réu com relação à integralidade da demanda, ou seja, a não

apresentação da contestação da ação no prazo legal (art. 319), que remete ao julgamento antecipado da lide nos moldes do art. 330, II, CPC.

Neste contexto, se o réu deixou de impugnar determinado fato alegado pelo autor, ainda que haja impugnação quanto aos demais, deverá implicar no fracionamento do julgamento da demanda. Assim, os fatos incontroversos apresentar-se-ão maduros para julgamento já que independem de provas. De outra parte, com relação à parcela controvertida, impugnada na contestação, deverá seguir curso, implicando em dilação probatória para a formação da convicção do magistrado.

Dinamarco (*apud* DORIA, 2003) critica o sistema brasileiro e aponta que infelizmente o legislador não quis ousar mais, a ponto de autorizar nesses casos um julgamento antecipado da lide (art. 330, I, do CPC), como já ocorre no direito italiano.

Mas de qualquer forma, o § 6º do art. 273 minimizou a regra da incindibilidade do julgamento ao permitir que ainda que não se possa julgar antecipada e parcialmente a lide, possa proferir uma decisão interlocutória de mérito, que antecipa parcialmente a tutela pretendida pelo autor (DORIA, 2003).

Por outro lado, há quem defenda que o instituto em estudo se trata de verdadeiro julgamento antecipado parcial da lide em clara hipótese de julgamento conforme o estado do processo nos moldes do art. 330 do CPC (CUNHA, 2008). Entretanto, ver-se-á no decorrer deste estudo que esta premissa, embora louvável, não se mostra coerente com o nosso sistema processual e, sobretudo, com o recursal.

Ante o exposto, o § 6º do art. 273 reclama a redefinição de alguns conceitos processuais importantes, em particular, sentença e decisão interlocutória.

9.6 Sentença parcial ou decisão interlocutória de mérito?

A doutrina diverge com relação à natureza jurídica da decisão que aplica o instituto contemplado no § 6º do art. 273, do CPC. Em que pese a corrente predominante defenda tratar-se de sentença parcial, ver-se-á que tal entendimento não se coaduna com o sistema recursal vigente, além de desprestigiar a garantia fundamental da efetividade do processo.

Na esteira do embate doutrinário acerca da natureza da decisão, travou-se outro dissídio entre os processualistas, qual seja: a conceituação de sentença e de decisão interlocutória.

A mesma corrente que defende se tratar de sentença parcial entende que sentença se define apenas pelo seu conteúdo nos moldes do art. 162, § 1º, do CPC: “sentença é o ato do juiz que implica alguma das situações previstas nos arts. 267 e 269, do CPC”.

Esse posicionamento, encabeçado por Wambier (*apud* ARAÚJO, 2011), lastreia-se no impacto causado pela Lei n. 11.232/2005, que além de alterar o conceito legal de sentença, introduziu no sistema o instituto do sincretismo processual. É dizer, hoje é inconcebível que sentença põe fim ao processo, mas apenas aplica alguma das situações previstas nos arts. 267 ou 269, já que o processo sincrético admite atos de execução, em continuidade à fase cognitiva, sem a necessidade de um processo de execução autônomo.

Comungam deste entendimento Dinamarco (2009), Carmona (*apud* ARAÚJO, 2011), dentre outros.

Cunha (2008) também defende se tratar de sentença parcial com o fundamento de que o instituto do § 6º do art. 273 não trata de antecipação de tutela, mas sim de julgamento antecipado parcial da lide nos moldes do art. 330. Ou seja, o autor defende que essa é mais uma hipótese de julgamento conforme o estado do processo e, portanto, cuida-se de sentença parcial.

Na verdade é louvável esta tese, cujo fundamento é o intuito de prestigiar a duração razoável do processo. Entretanto, tal fundamento não se compatibiliza com o nosso sistema processual porque se fosse julgamento antecipado parcial da lide, o legislador teria introduzido o instituto no art. 330 e não no art. 273 do CPC. Ademais, não se deve olvidar que o instituto da revelia consagrado no art. 319 do CPC atrela-se tão-somente à integralidade da demanda, enquanto que a tutela de evidência fundada na incontrovérsia de um ou mais dos pedidos cumulados tem relação com a violação do ônus da impugnação especificada dos fatos.

De outra parte, há uma segunda corrente que defende que não basta o conteúdo (arts. 267 e 268) para caracterizar a sentença, já que também se deve levar em consideração o seu efeito (a extinção do procedimento em primeiro grau). Theodoro Júnior (*apud* ARAÚJO, 2011) é adepto desta corrente e, assevera que a definição de sentença apenas pelo seu conteúdo restaria ilógica diante de uma situação que resolva parte do mérito no curso do processo. *In verbis*:

[...] Se o pronunciamento não abrange toda a extensão do (s) pedidos (s), deixando questões para solução no decisório final do processo, não se pode ser havido por sentença. Sua natureza dentro da lógica do sistema é a decisão interlocutória, ou seja, de ato que, no curso do processo, “resolve questão incidente” (art. 162, § 2º) (THEODORO JÚNIOR, 2007 *apud* ARAÚJO, 2011, p. 98).

Esse também é o entendimento esposado por Bueno (2004), ao defender que para caracterizar sentença não basta seu conteúdo, requer-se também a função de encerrar a etapa precípua do processo jurisdicional: a atividade cognitiva.

Nery Júnior (*apud* ARAÚJO, 2011) também entende que a decisão que resolve parcela do mérito é interlocutória. E admite, inclusive, decisões interlocutórias de mérito, como é o caso, *data venia*:

Se o juiz indefere parcialmente a inicial, pronunciando a decadência de um dos pedidos cumulados, e determina a citação quanto ao outro pedido: o processo não se extinguiu, pois continua relativamente ao pedido deferido, nada obstante tenha sido proferida decisão de mérito ao se reconhecer a decadência (NERY JÚNIOR, 2008 *apud* ARAÚJO, 2011, p. 99).

Convém acrescentar que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça reiteradamente tem admitido a possibilidade de decisão interlocutória de mérito, como exemplificado nos seguintes trechos do acórdão abaixo:

[...]

Ação rescisória. Propositura visando à impugnação de acórdão lavrado em sede de agravo de instrumento. Possibilidade, caso a decisão recorrida tenha decidido questão de mérito, com autoridade de coisa julgada.

[...]

A ação rescisória pode ser utilizada para a impugnação de decisões com conteúdo de mérito e que tenham adquirido a autoridade da coisa julgada material. Em que pese incomum, é possível que tais decisões sejam proferidas incidentalmente no processo, antes da sentença.

Isso pode ocorrer em três hipóteses: (i) em diplomas anteriores ao CPC/73; (ii) nos processos regulados pelo CPC em que, por algum motivo, um dos capítulos da sentença a respeito do mérito é antecipadamente decidido, de maneira definitiva; e, finalmente (iii) sempre que surja uma pretensão e um direito independentes do direito em causa, para serem decididos no curso do processo. Exemplo desta última hipótese é a definição dos honorários dos peritos judiciais e do síndico na falência: o direito à remuneração desses profissionais nasce de forma autônoma no curso do feito, e no próprio processo é decidido, em caráter definitivo. Não há por que negar a via da ação rescisória para impugnar tal decisão.

Recurso especial conhecido e provido.

(REsp 711794/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 05/10/2006, DJ 23/10/2006, p. 305).

São esses alguns dos motivos pelos quais entendemos que a decisão que aplica o § 6º do art. 273 é interlocutória. Ademais, só poderá ser considerada sentença se, além de ter como conteúdo algumas das situações descritas nos art. 267 e 269 do CPC, também possuir a aptidão de colocar fim à fase cognitiva do processo, levando-nos a concluir que o conceito legal de sentença deve ser revisitado.

Além disso, também se faz necessária a revisitação do conceito atinente à decisão interlocutória, visto que não resolve apenas questão incidente. Neste sentido, o art. 273, § 6º, do CPC, veio ratificar o entendimento já defendido por Nery Júnior (*apud* ARAÚJO, 2011) de que decisões interlocutórias podem resolver o mérito no curso do processo.

Theodoro Júnior (2011) acrescenta que nessa situação é inequívoca a resolução de matéria prevista ou no art. 267 ou no art. 269, ambos do CPC. Neste contexto, indaga o ilustre mestre:

Seria compatível com o sistema de efetividade e celeridade do processo qualificar como sentença, e permitir a interposição de apelação, antes que o mérito da causa tenha sido completamente resolvido? (THEODORO JÚNIOR, 2011, p. 597).

Parece óbvio, que em qualquer dessas hipóteses levantadas, o ato judicial não deva ser qualificado como sentença. Este é o posicionamento acertado do mesmo processualista:

Penso que as situações previstas nos arts. 267 e 269 somente se prestam a configurar sentença (e desafiar apelação) quando põem fim ao processo ou quando resolvem por inteiro o objeto principal do processo pendente de acerto em juízo (THEODORO JÚNIOR, 2011, p. 597).

Assevera Marinoni (2011a) que é decisão interlocutória, já que se fosse sentença, não deveria ser objeto de recurso de agravo. E como nosso sistema não admite sentenças agraváveis, é decisão interlocutória. Do contrário, o sistema recursal seria incompatível e ilógico.

Uma decisão tomada no curso do processo, qualquer que seja a sua substância, não pode se submeter ao regime do recurso de apelação, já que os autos devem ser submetidos por instrumento, ao segundo grau de jurisdição, permitindo que o processo prossiga normalmente em primeiro grau (MARINONI, 2011a, p.218).

Para aqueles que defendem se tratar de sentença parcial, nossa sistemática recursal não viabilizaria a execução imediata da tutela de evidência e nem o prosseguimento do curso processual quanto à parcela controvertida da lide.

Portanto, restou-se demonstrado que a decisão que julga parcela da demanda à luz do § 6º do art. 273 é interlocutória, de modo a compatibilizar com o sistema recursal e a racionalidade do sistema que deve prestigiar a efetividade da tutela jurisdicional. Ademais, o conceito de interlocutória jamais recusou o conceito de mérito, exatamente para dar racionalidade ao sistema recursal (MARINONI, 2011a).

9.7 Recurso cabível

Na esteira do embate doutrinário travado quanto à discussão do rótulo da decisão que aplica o art. 273, § 6º, do CPC, também se discute amplamente acerca do recurso cabível.

Para aqueles que defendem se tratar de sentença parcial, nossa sistemática recursal não viabilizaria a execução imediata da tutela de evidência e nem o prosseguimento do curso processual quanto à parcela controvertida da lide.

Insta lembrar que a apelação é dirigida ao juízo de primeiro grau, enquanto que o agravo de instrumento é dirigido diretamente ao tribunal com cópias dos autos. Desta forma, na hipótese da aplicação do § 6º do art. 273, os autos ainda não podem subir ao Tribunal porque ainda resta parcela controvertida da demanda a ser julgada. Assim, se fosse sentença parcial, dever-se-ia criar uma espécie de recurso no nosso ordenamento: a “apelação de instrumento”, criando-se cópias dos autos para remeter ao Tribunal, enquanto que os originais permaneceriam no juízo de primeiro grau para julgamento da parcela controvertida.

Portanto, admitir que se trate de sentença parcial é incompatível com nosso sistema processual já que inexistente apelação no curso do processo e muito menos sentenças agraváveis.

Sob o prisma da discussão com relação à natureza da decisão, Oliveira (2012, p. 84), ao defender que se trata de sentença parcial, aponta que primeiro deve-se definir “apelação”, pois “... tem-se de reconhecer em determinada peça essa qualidade (de apelação), para depois, só então, mandar-se autuá-la aqui ou acolá”. Além disso, para o mesmo doutrinador deve-se partir da premissa de que sentença é impugnada mediante apelação e, decisão interlocutória mediante agravo.

Por estas razões o mesmo autor acredita que do ponto de vista lógico, seria impossível “agrarar de uma sentença”. Assim, o mesmo não acredita que mitigar o ditame do art. 513 do CPC, admitindo agravo nos casos de sentenças parciais seja a solução mais razoável. Nessa perspectiva, para ele, representaria um agravo *sui generis* (denominado por ele, *recurso ornitorrinco*) em razão de impugnar uma sentença (parcial, pois resolve - em definitivo - parcela do mérito da causa). É por esta razão que Oliveira (2012), embasa-se na premissa de que não existe proibição na lei de se formar apelação por instrumento e, portanto, o que não é proibido é permitido.

Entretanto, ousemo-nos em discordar de seu posicionamento já que criar uma nova modalidade recursal, além de violar o princípio da taxatividade dos recursos, não nos parece ser a solução mais razoável porque esbarraria com outro entrave à efetividade processual: o efeito suspensivo da apelação.

Ademais a apelação transtornaria a marcha do processo, repercutindo em maior lentidão. Por exemplo, o juiz indefere a petição inicial da reconvenção; acolhe o reconhecimento parcial do pedido; e assim por diante. É inegável nesses casos o cabimento de agravo uma vez que parcela da demanda ainda deve seguir seu curso e, neste caso, a apelação causaria, além da balbúrdia, a inefetividade do provimento jurisdicional.

Nestes termos, diante de decisão que no curso do processo resolve questão de mérito, mas não encerra a fase cognitiva na integralidade do feito, refere-se à decisão interlocutória impugnável por recurso de agravo de instrumento.

Destarte, admitir que a impugnação do ato judicial que resolve definitivamente parcela do mérito no curso da demanda deva ser feito por meio de apelação (ainda que de instrumento) não nos parece a solução mais plausível, até porque o projeto do novo código civil tende a dirimir essa discussão. Neste aspecto, dispõe o art. 271, *caput*: “na decisão que conceder ou negar tutela de urgência e tutela de evidência, o juiz indicará, de modo claro e preciso, as razões do seu convencimento”. Parágrafo único: “a decisão será impugnável por *agravo de instrumento*” (grifo nosso). Esta previsão vem para ratificar que a decisão que aplica o § 6º do art. 273, do CPC atual, é interlocutória.

Entretanto, insta salientar que alguns processualistas defendem que nesta hipótese o recurso de agravo de instrumento deve assumir feição particular. É sabido que o agravo de instrumento, ao contrário da apelação, não admite por ocasião do julgamento a sustentação oral. Porém, Marinoni (2011a, p. 221) defende que em se tratando de:

Agravo de instrumento contra decisão que aprecia o mérito e produz coisa julgada material, não há como negar às partes o direito à sustentação oral, sob pena de se dar aos litigantes oportunidades diferentes em situações que merecem tratamento idêntico.

Repisa-se a utilização do agravo de instrumento com fundamento na eficiência do sistema recursal, entretanto, acrescenta o ilustre processualista que é “impossível negar às partes, no agravo de instrumento, os direitos e garantias que lhe são atribuídos pelo regime de apelação”. Ademais, limitar garantias às partes por ocasião da substituição da apelação pelo agravo de instrumento urge em inconstitucionalidade (MARINONI, 2011a).

Nesta perspectiva, também defende o ilustre processualista que:

É preciso admitir embargos infringentes contra acórdão não unânime que reformar, em grau de agravo de instrumento, a decisão que julgar a parcela incontroversa da demanda, ainda que os embargos infringentes, segundo o art. 530 do CPC, somente sejam cabíveis, em princípio, diante dos acórdãos proferidos em apelação ou ação rescisória (MARINONI, 2011a, p. 221-222).

9.8 Aptidão à coisa julgada: definitividade da tutela e execução definitiva

Com relação ao grau de cognição da decisão, não é sumária e, portanto, não se aplica a regra da provisoriedade das tutelas antecipadas do art. 273, § 4º. Destarte, trata-se de

antecipação de tutela com características *sui generis* que merecem discussão mais aprofundada.

Se a incontrovérsia dos fatos dispensa dilação probatória é porque a cognição é exauriente. Ademais, acertadamente assevera Marinoni (2011a), que após a introdução do inciso LXXVIII ao art. 5º da Constituição Federal pela Emenda Constitucional n. 45, que consagrou a duração razoável do processo enquanto garantia fundamental do jurisdicionado, a tutela de evidência fundada na parcela incontroversa da demanda passou a ter caráter definitivo. Aliás, assegura o ilustre processualista se tratar de tutela *final*, dispensando a ratificação do provimento na sentença de mérito final do processo.

Além disso, a decisão interlocutória de mérito que resolve parcela do *thema decidum*, uma vez que esgota a cognição no plano vertical, traz a lume a formação de título executivo (parcial), cuja execução deve ser imediata na hipótese de resignação da parte devedora ou obrigada.

Partindo-se da premissa de que a cognição é exauriente, a tutela de evidência fundada na incontrovérsia de parcela da demanda não é mais um “tipo” de antecipação da tutela ao lado daquelas consagradas nos incisos I e II do art. 273. Portanto, não é tutela de urgência, nem tutela de evidência revogável. É, pois, tutela de evidência definitiva, que independe de decisão final de mérito para satisfação do direito.

Aliás, essa é a previsão do projeto do novo código de processo civil:

A tutela de evidência será concedida, independentemente da demonstração de risco de dano irreparável ou de difícil reparação, quando um ou mais dos pedidos cumulados ou parcela deles mostrar-se incontroverso, caso em que a solução será definitiva (art. 278, II do Projeto de Lei do Senado nº 166, de 2010) – grifo nosso.

O projeto do novo código colocará fim a esta discussão já que prevê no seu art. 283 que:

As medidas conservam a sua eficácia na pendência do processo em que esteja veiculado o pedido principal, mas podem, a qualquer tempo, ser revogadas ou modificadas, em decisão fundamentada, exceto quando um ou mais dos pedidos cumulados ou parcela deles mostra-se incontroverso, caso em que a solução será definitiva (art. 283, *caput*, do Projeto de Lei do Senado nº 166, de 2010) – grifo nosso.

Posto isso, não se trata de mais uma hipótese de antecipação dos efeitos da tutela, mas é clara situação de antecipação da própria tutela. Como assertivamente argumenta Araújo (2008), no caso do inciso I do art. 273, o que se antecipa são os efeitos da tutela e não propriamente a tutela, por meio de técnica baseada em cognição sumária, que enseja a sua revogabilidade com base em decisão fundamentada, com fulcro no § 4º do art. 273. Contudo,

esse não é o raciocínio nos casos previstos no § 6º do art. 273, no qual a cognição exauriente dá azo à antecipação da tutela propriamente dita, do próprio pedido, ainda que parcial.

Por todo o exposto, não há de se olvidar que a decisão interlocutória que resolve parte do mérito da causa em sede do art. 273, § 6º enseja a formação da coisa julgada material caso não haja impugnação. Portanto, a imutabilidade dos efeitos da decisão não pode se restringir apenas à “sentença”, já que como discutido, a decisão que resolve parcela do mérito no curso do processo não pode ser sentença; ademais, o exaurimento do grau de cognição no plano vertical inviabiliza a revogação da decisão já que violaria direitos fundamentais como a efetividade, além da própria segurança jurídica.

Essa também é a opinião de Figueira Júnior (*apud* ARAÚJO, 2004), que assegura que a antecipação da tutela de parcela do pedido, nada obstante seja interlocutória de mérito, não pode ser provisional, mas satisfativa definitiva, sendo impossível a modificação do conteúdo decisório quando da prolação da sentença de mérito.

Ademais, se o próprio sistema prevê a possibilidade de estabilização da tutela antecipada fundada em cognição sumária - nos moldes dos art. 280 e seguintes do projeto do novo CPC, e arts. 1102-A a 1102-C, do CPC, por mais razão não se deve olvidar que a tutela de evidência fundada na cognição exauriente tem aptidão à produção da coisa julgada material.

A irreversibilidade fática característica da estabilização da antecipação da tutela em sede de cognição sumária, em razão da impossibilidade de se retornar ao *status quo ante* dá azo para o recrudescimento do entendimento de que a cognição exauriente da tutela fundada no art. 273, §6º enseja a formação da coisa julgada material.

Nessa seara cumpre-nos enfrentar outra questão: como será feita a execução (provisória ou definitiva)?

Em caso de interposição de agravo não resta dúvida que a execução será provisória nos moldes do art. 475-O, do CPC.

Entretanto, não havendo impugnação, a decisão transitará em julgado, cabendo execução definitiva, sem a necessidade de caução e sem a incidência do princípio da responsabilidade objetiva (ARAÚJO, 2004).

Ademais, cumpre salientar que nos termos do art. 273 do projeto do novo Código de Processo Civil: “a efetivação da medida observará, no que couber, o parâmetro operativo do cumprimento de sentença definitiva ou provisório”.

Nestes termos, a medida que antecipa tutela de urgência opera execução provisória, já que é fundada na cognição sumária. De outra parte, a medida atinente à tutela de evidência insta à execução definitiva, visto que a cognição é exauriente.

Resta indagar, nesse momento, se o nosso sistema está preparado para tais repercussões práticas. Entendemos correta a interpretação de Araújo (2004) de que nosso sistema, na verdade, carece de readaptações em face das novas alterações processuais, pois para permear a execução definitiva da decisão interlocutória transitada em julgado nos moldes do art. 273, §6º, far-se-á necessária a expedição de “carta de decisão interlocutória” e não “carta de sentença”, devendo-se ser autuada em apartado, permitindo a execução definitiva da parcela da lide transitada em julgado enquanto a parcela controvertida prossiga seu curso.

De outra banda, não é de hoje a discussão de que decisão interlocutória de mérito – com conteúdo definitivo – permeia a formação da coisa julgada. Outras hipóteses podem ser evidenciadas como o é nos casos de indeferimento de reconvenção, indeferimento de Ação Declaratória Incidental, indeferimento da denunciação da lide, reconhecimento da decadência quanto a um dos pedidos cumulados, etc.

Portanto, pode-se afirmar que a coisa julgada não ocorrerá em momento único. Do contrário, sacrificar-se-ia um direito evidente à custa de um procedimento classista e ineficaz. É por esse aspecto, que é cerne da nossa discussão que a coisa julgada não se vincula tão-só à sentença, esse é um dogma processual que requer desmistificação; pois, só assim, o sistema processual será redimensionado para atender a tão aclamada garantia fundamental da efetividade e tempestividade.

9.9 O conceito de coisa julgada e a desmistificação da sua vinculação à sentença

A coisa julgada promove a estabilização da decisão judicial, inviabilizando a modificação do ato decisório em razão do instituto da aquiescência.

Segundo Dias (2006), o instituto da aquiescência está diretamente relacionado com o princípio dispositivo no âmbito recursal. É dizer, a voluntariedade de recorrer determina a irresignação do recorrente diante dos pontos desfavoráveis a ele na decisão judicial. A *contrario sensu*, quando a parte prejudicada se furta de recorrer exerce o princípio dispositivo resultando na estabilização dos aspectos aquiescidos. Nestes termos, insere-se a formação da

coisa julgada, que tem o condão de impedir a reanálise pelo juízo revisor da parte da decisão não questionada via recursal.

Insta acrescentar que a figura da aquiescência exterioriza a preclusão lógica uma vez que a falta de impugnação dos pontos desfavoráveis demonstram comportamento de aceitação e, assim, logicamente incompatível com o exercício da pretensão recursal (DIAS, 2006).

Desta forma, pode-se dizer que a decisão (em sentido amplo) se reveste da coisa julgada no momento em que for esgotada a possibilidade de acesso aos recursos.

Diante disso, se a parte prejudicada não agravar da tutela de evidência fundada na incontrovérsia de parcela da demanda, a decisão interlocutória de mérito prolatada restará acobertada pela coisa julgada material, uma vez que a cognição é exauriente.

Todavia, nos moldes do art. 467 do CPC: “denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário”.

Com base neste conceito legal a coisa julgada vincula-se tão-somente à sentença, entretanto restará comprovado que tal entendimento é insuficiente.

Como discutido exaustivamente no decorrer deste trabalho, a decisão que aplica o instituto previsto no art. 273, § 6º só pode ser interlocutória de mérito, razão pela qual é agravável - nos termos do art. 271, parágrafo único, do projeto do novo código -, porém se resignada transitará em julgado. Do contrário, esta tutela diferenciada perderia a sua razão de ser já que desprestigiaria a efetividade processual e, inclusive, a segurança jurídica.

Exemplo clássico e indiscutível de que não apenas a sentença enquanto único ato judicial que transita em julgado trata-se da hipótese prevista no art. 557 do CPC. Assim, nem a doutrina nem a jurisprudência discutem a respeito da decisão monocrática do relator que nega ou dá provimento a recurso quando em confronto com súmula ou jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal ou de Tribunal Superior (art. 557 “caput” e § 1º-A, do CPC). Ora, é inolvidável que se trata de decisão de mérito, aliás, tal entendimento é unânime, todavia não se trata de sentença. Como ficaria então, nestas hipóteses, se não houvesse a interposição de agravo interno? Transitar-se-ia em julgado? Inexoravelmente sim, uma vez não agravada a decisão monocrática nos moldes do art. 557, do CPC, a mesma se torna imutável.

Destarte, esta hipótese confirma a impropriedade da vinculação da coisa julgada apenas à sentença. É dizer, a coisa julgada não se define pelo rótulo da decisão. Em outros

termos, o que caracteriza a sua imutabilidade não é a natureza da decisão, mas o grau de cognição.

Desta feita, uma vez esgotada o grau de profundidade do campo probatório a cognição é exauriente, sendo esta a linha de definição da aptidão à coisa julgada. Portanto, não apenas sentenças e acórdãos podem se tornar imutáveis, mas também se deve considerar que em alguns casos, decisão interlocutória e monocrática do relator (desde que de mérito, em ambos os casos) também podem restar acobertadas pela coisa julgada material, a exemplo do art. 273, § 6º e art. 557 caput e §1º-A, do CPC.

Nestes aspectos, insta ressaltar o acertado posicionamento de Araújo (2008), que analisando o desmembramento da tutela definitiva em razão do amadurecimento precoce de um dos pedidos cumulados, conclui que:

A decisão de mérito (considerando aquela que aprecia o objeto litigioso do processo ou mesmo a que extingue o processo com julgamento de mérito) pode ser proferida não só mediante sentença, mas também através de decisões interlocutórias de conteúdo meritório capazes de ensejar a coisa julgada (ARAÚJO, 2008, p. 431).

Por fim, se a cognição é exauriente, configura-se decisão definitiva em relação à parcela incontroversa e, sobretudo, clara mitigação do dogma da unicidade de julgamento, capaz de ensejar de um lado decisão interlocutória e de outro, a aptidão à imutabilidade e possibilidade de irrevogação via ação rescisória.

9.10 A ação rescisória e a contagem do prazo decadencial

Uma vez não agravada a decisão interlocutória de mérito que defere a tutela de evidência fundada no art. 273, § 6º, do CPC, tornar-se-á acobertada pela coisa julgada material. É, portanto, forçoso concluir que a coisa julgada não se forma em momento único já que parcela da demanda, ainda controvertida, seguirá curso processual até a prolação da decisão de mérito final (sentença).

Nesta seara, é imperioso indagar como se dará a contagem do prazo decadencial para eventual ação rescisória?

Em que pese prevaleça, doutrinariamente, que conceitualmente rescisória é a ação desconstitutiva em face de sentença meritória transitada em julgado (BAPTISTA DA SILVA, 1987 *apud* ARAÚJO, 2008, p. 375); modernamente, deve-se entender enquanto demanda visando desconstituir *decisão de mérito* (ARAÚJO, 2008, p. 375).

Em outros termos, a doutrina quase que unânime reconhece que a ação rescisória é cabível contra decisão - em sentido amplo - desde que de mérito; seja efetivamente sentença, acórdão ou mesmo interlocutória (ARAÚJO, 2008).

Por outro lado, a contagem do prazo bienal para a ação rescisória mostra-se controvertida na jurisprudência dos tribunais. Cumpre, assim, indagar: qual o termo inicial da contagem do prazo bienal?

Nesse diapasão, urge salientar o posicionamento de Araújo (2008), do qual:

Existindo recurso parcial, o prazo bienal para a rescisória já tem seu início imediato em relação ao capítulo não impugnado e transitado em julgado, assim como este, poderá desde já ser executado (interna ou externamente) de forma definitiva (ARAÚJO, 2008, p. 384).

Esse também é o entendimento esposado pelo Egrégio Tribunal Regional Federal, 4ª Região, *in verbis*:

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. RECURSO PARCIAL. DECADÊNCIA. TERMO INICIAL. O prazo de decadência para propor a ação rescisória não se conta da última decisão proferida no processo, quando esta não guarda qualquer pertinência com a ação rescisória. Conta-se o prazo, isto sim, a partir do momento em que transitou em julgado a parte da decisão que o autor pretende rescindir. Agravo regimental desprovido. (TRF 4ª T.- 3ª S. – AGRAR – 9704443315/RS – Rel. Juiz João Surreaux Chagas – j. em 18.02.1998 – DJ 18.03.1998, p.501).

Entretanto, observa-se precedente em sentido contrário a este aduzido, que defende a coisa julgada em momento único, *data vênia*, citado por Araújo (2008, p. 386-387):

RECURSO ESPECIAL. PROCESSO CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. PRAZO DECADENCIAL. TERMO A QUO. TRÂNSITO EM JULGADO DA ÚLTIMA DECISÃO PROFERIDA NA CAUSA. ENTENDIMENTO FIRMADO PELA CORTE ESPECIAL. Recurso especial improvido. (REsp. 705.354/SP – 2ª T. – Rel. Min. Franciulli Netto- j. em 08.03.2005 – DJ 09.05.2005, p. 373).

É neste sentido que a súmula n. 401 do Superior Tribunal de Justiça orienta: “o prazo decadencial da ação rescisória só se inicia quando não for cabível qualquer recurso do último pronunciamento judicial”.

Entretanto, entendemos que esta orientação não se aplica à decisão interlocutória de mérito nos moldes do art. 273, § 6º, do CPC, pelas razões que serão expostas.

Primeiro, em análise dos precedentes que originaram a súmula n. 401 do Egrégio Tribunal Superior, insta destacar o entendimento de Gonçalves (2011, p. 451):

O termo inicial é o trânsito em julgado da sentença ou do acórdão. Quando o recurso for conhecido, o acórdão substitui a sentença e ele é que será rescindido. Assim, o prazo começará a partir do dia seguinte ao último dia que as partes tinham para interpor outros recursos contra ele.

Mas a problemática se insere no caso de inadmissão ou não conhecimento do recurso, uma vez que não há que se falar em efeito substitutivo e logo, o que transita em julgado é a

sentença. Por esse motivo, dever-se-ia contar o trânsito em julgado da sentença e não do acórdão que não admitiu ou não conheceu do recurso.

Todavia, a aplicação deste princípio poderia trazer à baila sérios problemas já que eventualmente o Tribunal poderá levar mais de dois anos para proferir o acórdão e, logo, automaticamente, a parte decairia do direito de propor a rescisória.

São essas as razões que levaram ao entendimento esposado pelo STJ na edição da súmula n. 401. Vale dizer, mesmo que o recurso não seja conhecido, o termo inicial do prazo da rescisória não retroagirá, mas será sim contado do trânsito em julgado da última decisão, salvo demonstrada má-fé.

Já com relação à contagem do prazo quando se tratar de partes distintas da sentença transitadas em julgado em momentos distintos, quando há apelação parcial, acrescenta Gonçalves (2011, p. 451) que: “o objeto do recurso não transita em julgado, mas a parte incontroversa sim”. Aliás, o STJ tem entendido que: “Se as partes distintas da sentença transitarem em julgado em momentos também distintos, a cada qual corresponderá um prazo decadencial próprio” (STJ, 6ª Turma, REsp 212.286, rel. Min, Hamilton Carvalhido *apud* GONÇALVES, 2011, p. 451).

É nesse sentido que conclui Gonçalves (2011, p. 452) que “se o objeto da rescisória é decisão interlocutória que examina o mérito, o prazo de dois anos correrá a partir do momento em que ela transite em julgado, e não somente após o julgamento final do processo”.

Ademais, imperioso destacar que esse também é o entendimento de Bebbber (2009), que defende a possibilidade da formação gradual da coisa julgada sob o enfoque dos capítulos de sentença. Para o mesmo, diante de recurso parcial da sentença, cada capítulo autônomo da sentença transita em julgado em momento distinto e; assim sendo, cada um deles terá a sua própria contagem do prazo decadencial para fins de ação rescisória. É neste contexto que se insere o entendimento, inclusive sumulado, do Egrégio Tribunal Superior do Trabalho (Súmula n. 100, II, do TST).

Destarte, é inequívoca a possibilidade de trânsito em julgado no curso do processo à luz da tutela de evidência fundada na incontroversa da demanda. Diante disso, para quem não entenda que nem sempre o processo comporta único trânsito em julgado, indaga-se: como ficaria, portanto, se a parcela incontroversa fosse executada e cumprida em definitivo antes da prolação da decisão de mérito final de primeiro grau (sentença)?

Ora, se houve aquiescência em relação à parte incontroversa e a parte devedora cumpriu a obrigação, o conteúdo meritório da decisão restará imunizado pela coisa julgada, sob pena de se colocar em risco a estabilidade do sistema processual.

Ante o exposto, *data venia*, não resta logicidade o entendimento de que o trânsito em julgado ocorre sempre em momento único no processo, ratificando o posicionamento de que o conceito de coisa julgada não se vincula ao de sentença.

9.11 Coisa julgada ou estabilização da tutela?

Como explicitado no *item 6*, a proposta do instituto da estabilização da tutela em sede de cognição sumária prevista no projeto do novo Código de Processo Civil, discutida no Senado Federal, é digna de aplausos, já que além de prestigiar a economia processual, garante a efetividade do processo sem violar a ampla defesa. Ou seja, em que pese tratar-se de nítida hipótese de contraditório eventual e até mesmo invertido dá azo à composição do litígio em ação sumária autônoma e, sobretudo, à tempestividade dos direitos. Em outros termos, a decisão que concede a tutela antecipatória com base no juízo de verossimilhança, seja antecedente seja incidental, mantém sua provisoriedade até que eventual ação ordinária venha a ser proposta.

Destaca-se que, assim como no *référé* francês, o escopo do instituto da estabilização da tutela antecipatória é garantir a tempestiva tutela dos direitos com base na sumariedade da cognição; todavia, possibilitando o exame e debate integral dos fatos em eventual e posterior ação ordinária. Dito de outra forma, ainda que não instaurada a ação plenária a decisão que concede a tutela sumária mantém a sua autonomia, embora sem o condão da imutabilidade.

Nas palavras de Theodoro Júnior e Andrade (2012), diferentemente das cautelares e das antecipações de tutela previstas na legislação atual, que não têm vida própria, já que só existem em razão de um processo principal; a estabilização da tutela antecipatória tem fulcro na autonomia e independem, portanto, de confirmação em decisão de mérito. Trata-se de verdadeira “autonomização ou desvinculação da tutela sumária daquela de cognição plena [...]” (THEODORO JÚNIOR; ANDRADE, 2012, p. 18).

Repita-se que se admite que a decisão de cognição sumária tenha força para resolver o litígio por si só, independentemente da instauração do processo de conhecimento de cognição plena. Por este motivo Theodoro Júnior e Andrade (2012, p. 41) apontam que:

Se as partes ficam satisfeitas com a decisão antecipatória, baseada em cognição sumária, sem força de coisa julgada material, mas com potencial para resolver a

crise de direito material, não se mostra conveniente obrigá-las a prosseguir no processo, para obter a decisão de cognição plena.

Conforme se extrai dos artigos 281, § 4º, 283 e 284, § 2º, do PL n. 166, 2010, do Senado Federal – bem como do art. 273, §§ 10 a 12, do PL n. 2.963, de 2011, da Câmara dos Deputados - mesmo com o ajuizamento da ação principal a medida concedida no procedimento antecedente mantém seus efeitos enquanto não revogada. Ademais, infere-se que qualquer das partes poderá, em qualquer tempo, propor a ação principal, ordinarizando-se o feito. Entretanto, Theodoro Júnior e Andrade (2012) levantam a seguinte questão que merece atenção: extinto o procedimento antecedente e estabilizada a antecipação de tutela nele deferida, a possibilidade de apresentação de ação de cognição plena não pode ser eterna. Por isso, para eles, a solução deveria ser encontrada no instituto da prescrição; ou seja, encerrado o prazo prescricional da pretensão de rediscutir o direito material efetivado, mesmo sem passar em julgado a decisão de cognição sumária, esta se torna definitiva.

Após todas estas considerações o momento é oportuno para levantar algumas questões relacionadas à antecipação de tutela fundada na incontrovérsia da demanda. Assim, partindo-se da premissa de que a cognição é exauriente e, portanto, a decisão é definitiva, pergunta-se: caso não agravada a decisão que defere a tutela antecipatória no prazo legal de 10 dias, opera-se a coisa julgada material ou a estabilização da tutela?

Como já discutido no item 9.9 não é o rótulo da decisão (sentença de mérito) que define a coisa julgada, mas sim o grau de cognição. Se esgotado o grau de cognição na linha vertical é porque se exaure o exame do conteúdo probatório, razão pela qual se legitima a execução definitiva do provimento jurisdicional.

Na esteira do embate doutrinário quanto à discussão da natureza da decisão que aplica o § 6º do art. 273 do CPC atual, para aqueles que ainda não admitam que se trate de decisão de mérito e logo, a possibilidade da coisa julgada, ao menos deverão admitir a estabilização.

Ora, se é admitido doutrinariamente, e inclusive diante da previsão no projeto do novo Código de Processo Civil o instituto da estabilização de tutela em sede de cognição sumária, por mais razão diante da incontrovérsia (ainda que da parcela da demanda), fulcrada na cognição exauriente, há de se admitir a autonomização da decisão fundada no § 6º do art. 273.

Em outras palavras, se a cognição é exauriente independe de confirmação em decisão de mérito final. A decisão interlocutória é definitiva e, portanto, no mínimo autônoma ou estabilizada.

Na verdade não se deve olvidar que se trata de decisão de mérito. Até porque, ninguém discute que pedido é mérito e, se o réu não contesta a demanda (ainda que parcela

dela), opera-se a cindibilidade do julgamento que resolve parcela do mérito. É, portanto, sim decisão de mérito (interlocutória), passível de recurso de agravo. Mas caso resignado, em face da autonomia da parcela incontroversa com relação àquela ainda controvertida, não há razão para aguardar o deslinde final do processo para só então executar a decisão de forma definitiva, razão pela qual se opera a coisa julgada em nítida sintonia com a segurança jurídica.

Ademais, se o próprio sistema prevê a possibilidade de estabilização da tutela antecipada fundada em cognição sumária - nos moldes da dos art. 280 e seguintes do projeto do novo CPC, e arts. 1102-A a 1102-C, do CPC, por mais razão não se deve olvidar que a tutela de evidência fundada na cognição exauriente tem aptidão à produção da coisa julgada material.

Por todo exposto, faz-se necessária a seguinte indagação: qual a diferença entre estabilização e coisa julgada material?

Como sabido e já discutido anteriormente, opera-se a coisa julgada em face da decisão que não caiba mais recurso. Neste caso, a decisão se torna imutável em razão da voluntariedade de não recorrer da parte prejudicada. Em termos práticos, veda-se a qualquer das partes a rediscussão do mesmo pedido não só no processo extinto, como também em qualquer outro processo futuro.

Já com relação à estabilização, dispõe o art. 284, § 2º, do PL n. 166, de 2010, do Senado Federal, que: “A decisão que concede a tutela não fará coisa julgada, mas a estabilidade dos respectivos efeitos só será afastada por decisão que a revogar, proferida em ação ajuizada por uma das partes”.

Assim, é forçoso inferir que a coisa julgada parece ser mais ampla que a estabilização. Enquanto a coisa julgada (em sede cognição exauriente) impede a reanálise da causa em termos absolutos; a estabilização (sob mera cognição sumária) mantém os efeitos da tutela deferida até que posterior decisão de mérito a revogue. Consigne-se que a possibilidade de rediscussão do préstimo jurisdicional estabilizado não pode ser *ad aeternum*. Daí porque entendemos que o lapso para instauração da ação plenária deve respeitar o prazo prescricional da respectiva ação judicial.

Nesta esteira a Comissão Especial da Câmara dos Deputados destinada a proferir parecer ao projeto de lei n. 6.025, de 2005, bem como ao projeto de lei n. 8.046, de 2010, ambos do Senado Federal, que é parte da emenda aglutinativa à proposta do novo Código de

Processo Civil aprovado recentemente nesta casa, prevê em seu artigo 305, § 5º que o direito de rever, reformar ou invalidar a decisão que estabiliza a tutela extingui-se em 2 (dois) anos.

Outrossim, dispõe o § 1º do art. 284 do projeto de lei n. 166, de 2010, do Senado Federal, ao tratar da estabilização que: “Se por qualquer motivo cessar a eficácia da medida, é vedado à parte repetir o pedido, salvo sob novo fundamento”.

É inolvidável que a coisa julgada veda a rediscussão da causa, inclusive em ação futura, salvo sob novo fundamento. Neste caso não se trata de ação idêntica a repropositura de um mesmo pedido, sob os mesmos fatos, entretanto lastreados em outros fundamentos jurídicos. Observe que é exatamente o que dispõe o § 1º do art. 284 do projeto do novo código e, portanto, repita-se: qual a linha divisora entre coisa julgada e estabilização?

Independentemente dessa zona cinzenta, não há que se discutir que, seja via coisa julgada seja via estabilização da tutela, em termos práticos, ambas produzem o mesmo efeito: a viabilidade da execução. Aliás, este é o cerne das discussões na elaboração do novo código processual – a desburocratização e, sobretudo, a efetividade do processo.

10 COMPARAÇÃO ENTRE AS DISPOSIÇÕES DOS PROJETOS DE LEI ATINENTES À PROPOSTA DE UM NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

O projeto de lei n. 166, de 2010, do Senado Federal apresenta uma série de diferenças estruturais com relação ao projeto de lei n. 2.963, de 2011, da Câmara dos Deputados, das quais merecem uma análise comparativa, sobretudo, no que concerne à disciplina do instituto das antecipações de tutela e recursos atinentes.

O projeto apresentado pelo Senado Federal é uma verdadeira proposta de um novo código de processo civil, que apresenta modificações louváveis e substanciais quanto ao procedimento da antecipação de tutela. Ele prevê uma divisão estrutural no Título IX do Livro I (Parte Geral) entre Tutelas de Urgências e Tutelas de Evidência.

Como pormenorizadamente discorrido no curso deste trabalho, este projeto disciplina a contento a aplicação do instituto consagrado no § 6º do art. 273 do atual CPC.

Por outro lado, o projeto de lei n. 2.963, de 2011, da Câmara dos Deputados, não trata de proposta de novo código, mas, tecnicamente, de uma reforma do CPC de 1973.

No que concerne às antecipações de tutela, seria mantido o *caput* e incisos do atual art. 273, mas com acréscimos de alguns parágrafos, dentre os quais a previsão da estabilização da tutela fundada em cognição sumária (art. 273, §§ 10 a 12, do PL n. 2.969, 2011).

Destaca-se que com relação à estabilização da tutela, os projetos discutidos nas Casas do Congresso Nacional não apresentam diferenças cruciais, salvo com relação à previsão da qual a estabilização não se confunde com coisa julgada (§ 12 do art. 273, do PL n. 2.969, 2011); questão essa que o projeto do Senado vislumbrou dada zona cinzenta na diferenciação destes institutos como já discutido anteriormente (§ 1º do art. 284, do PL n. 166, 2010).

Assim, não é de se olvidar que a consagração da estabilização da tutela no nosso ordenamento, enquanto proposta de autonomização do instituto da antecipação de tutela fundada em cognição sumária é merecedora de aplausos, vez que possibilitará a resolução dos litígios, sem a necessidade de se ordinarizar o feito, se assim for optado pelas partes. Será permitida a propositura de ação plenária posterior, com o escopo de rediscutir a matéria que pode, inclusive, ter seus efeitos revogados.

Com relação à disciplina recursal, frise-se que o projeto de lei do Senado Federal prevê expressamente o cabimento de agravo de instrumento para atacar a decisão (interlocutória) que aplica a tutela de evidência fundada na incontrovérsia de parcela da demanda (art. 271, Parágrafo Único, do PL n. 166, de 2010, do Senado Federal). Já o projeto de lei da Câmara dos Deputados dispõe em seu art. 522, inciso X, que “cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre o mérito da causa”. Neste sentido, como já abordado anteriormente não há dúvidas de que a resolução de parcela incontroversa da demanda é veiculada em sede de decisão de mérito, até porque prescinde de confirmação em decisão de mérito final; razão pela qual é apta à formação da coisa julgada.

É mister acrescentar que, conforme previsão do projeto de lei da Câmara dos Deputados, o atual art. 520 do CPC não será revogado, o que significa que a apelação continuará, como regra, sendo recebida no duplo efeito.

Se for mantida esta disciplina, por mais razão há de se ratificar o descabimento do recurso de apelação contra a decisão que aplica o § 6º do artigo 273 do CPC, em face de todas as razões já discutidas neste estudo. Repita-se, criar uma nova modalidade recursal (“apelação por instrumento”), além de violar o princípio da taxatividade dos recursos, representar-se-ia insofismável afronta à duração razoável do processo, ao menos enquanto o sistema mantiver a regra dos efeitos suspensivos da apelação.

11 PANORAMA LEGISLATIVO ATUAL REFERENTE AO INSTITUTO DA TUTELA DE EVIDÊNCIA FUNDADA NA PARCELA INCONTROVERSA DA DEMANDA: UMA ANÁLISE CRÍTICA

Recentemente, em 05 de novembro de 2013, a Câmara dos Deputados aprovou parte da proposta do novo Código de Processo Civil, relativa aos artigos 1º ao 318. O curioso é que parece que o instituto da tutela de evidência ora estudado, fortemente prestigiado pela Casa iniciadora (Senado Federal) sofreu um brusco declínio das suas discussões na Câmara dos Deputados.

Ocorre que o projeto de lei n. 2.963, de 2011, optou por manter o atual “caput” do artigo 273 do CPC, com alteração e seus parágrafos, excluindo-se a disposição do atual § 6º do mesmo dispositivo. Posteriormente, a emenda aglutinativa substitutiva global votada pela Câmara dos Deputados em novembro de 2013 preferiu por extirpar do sistema a tutela fundada na incontrovérsia de parcela da demanda dentre as tutelas de evidência arroladas no artigo 306 da referida emenda.

Diante deste cenário resta perquirir quais seriam as razões que teriam levado a Casa revisora (Câmara dos Deputados) em desprestigiar por completo o instituto ora estudado. Parece não ser por outra razão senão relativas às questões políticas. Conquanto, há de se ponderar, com o devido respeito, que este posicionamento revela no mínimo uma violação ao direito fundamental consagrado no artigo 5º, LXXVIII, da Constituição Federal.

De qualquer modo há de se aguardar a definição do texto legislativo que vigorará, na medida em que diante da emenda apresentada o projeto retornará ao Senado Federal (Casa iniciadora), conforme dispõe o Parágrafo Único do artigo 65 da Constituição Federal.

Não obstante, nota-se, *data venia*, gritante retrocesso se for mantido a atual disposição apresentada pela Câmara dos Deputados. Vale dizer, enquanto o projeto de lei do Senado Federal regulamenta a matéria em nítida sintonia com a almejada efetividade e duração razoável do processo (garantias fundamentais consagrados no art. 5º da Constituição Federal), a emenda aprovada pela Câmara dos Deputados simplesmente excluiu o instituto do sistema, ignorando-se as garantias processuais constitucionalmente consagradas.

Agora é o momento oportuno de se regulamentar a matéria a fim de colocar uma pá de cal nas discussões atuais, vez que o nosso sistema processual já tem maturidade suficiente para dirimir as divergências amplamente discorridas no presente estudo.

Ademais, a não regulamentação do instituto consagrado no § 6º do art. 273, do atual CPC, além de desprestigiar garantias processuais fundamentais, perder-se-ia uma excelente oportunidade de avançar ainda mais na disciplina do tema “Antecipações de Tutela”, mantendo-se resquícios de um sistema tradicionalista e ineficaz.

Frise-se que o reconhecimento de um direito subjetivo a um processo célere – ou com duração razoável – impõe ao Poder Público em geral a adoção de medidas destinadas a realizar este objetivo. A efetividade do acesso à justiça só pode ser assegurada a partir de adequada conformação no plano legislativo e, destarte, requer-se a urgente regulamentação da matéria atinente à tutela de evidência fundada em incontrovérsia de parcela da demanda.

12 CONCLUSÕES

Por todo o exposto, forçoso concluir que a decisão que defere a tutela de evidência fundada na incontrovérsia de um dos pedidos cumulados ou de parcela do pedido pode ser definitiva, razão pela qual não se aplica, em termos absolutos, a regra da provisoriedade das tutelas antecipadas. Esta regra atrela-se às medidas liminares, seja em sede de antecipações de tutela satisfativas seja cautelares (ambas fundadas em cognição sumária).

A incontrovérsia dos fatos é reconhecida em decisão fundada em cognição exauriente, não podendo ser equiparada ao mero juízo de verossimilhança, que por seu turno ampara-se em cognição sumária. Portanto, o instituto ora estudado não requer confirmação em decisão final de mérito, em decorrência do exaurimento do grau de cognição no plano vertical.

A decisão é interlocutória, inclusive de mérito, já que resolve parcela incontroversa no curso do processo. Aliás, este é o motivo pelo qual só pode ser impugnada pelo recurso de agravo de instrumento a fim de permitir atos de execução, enquanto a parcela controvertida prosseguir a devida dilação probatória no bojo do mesmo processo. Consigne-se que a parcela controvertida da demanda ensejará a sentença somente ao final da fase cognitiva de primeiro grau.

Por derradeiro, o instituto consagra a aptidão à execução definitiva caso não interposto o agravo de instrumento no prazo legal de 10 dias. Sendo assim, não é o rótulo da decisão que define a aptidão à coisa julgada, afinal o entendimento de que tão-somente a sentença pode ensejar a imutabilidade da decisão equivaleria a um sistema ineficaz e clara afronta ao direito fundamental da duração razoável do processo e proteção judicial efetiva.

Posto isso, a coisa julgada não é definida pelo rótulo da decisão, mas sim pelo grau de cognição no plano vertical. É a cognição exauriente que tem o condão de produzir a coisa julgada, independentemente da natureza da decisão como sugere o art. 467 do CPC.

Outrossim, para aqueles que ainda assim não admitam a aptidão à imutabilidade dos efeitos da decisão que aplica a tutela de evidência fundada na incontrovérsia de parcela da demanda, ao menos deverão ter se convencido de que a tutela se estabiliza nos termos expressamente previstos nos projetos de lei em discussão no Congresso Nacional. Repita-se: na hipótese de resignação da parte devedora, a tutela antecipada ao menos se estabiliza (seja em sede de cognição sumária seja exauriente).

Neste contexto, é inolvidável a autonomia da decisão ora estudada, razão pela qual, seja em face da aptidão à imutabilidade seja diante da sua estabilização, em ambas as situações o efeito prático deve ser o mesmo, qual seja: a plena satisfação do direito incontroverso rumo ao acesso à justiça efetivo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. In: ARAÚJO, José Henrique Mouta. **Coisa julgada progressiva & Resolução parcial do mérito**. Curitiba: Juruá Editora, 2008.

ARAÚJO, José Henrique Mouta. **Coisa julgada progressiva & Resolução parcial do mérito**. Curitiba: Juruá Editora, 2008.

_____. Tutela antecipada do pedido incontroverso: estamos preparados para a nova sistemática processual? **Revista de Processo**, v. 29, n. 116, p. 207-230, jul./ago. 2004.

ARAÚJO, Luciano Vianna. **Sentenças parciais?** São Paulo: Saraiva, 2011.

ASSIS, Araken de. Cumulação de ações. In: ARAÚJO, José Henrique Mouta. **Coisa julgada progressiva & Resolução parcial do mérito**. Curitiba: Juruá Editora, 2008.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. A “plenitude de defesa” no processo civil. In: MARINONI, Luiz Guilherme. **Abuso de defesa e parte incontroversa da demanda**. 2. ed. São Paulo: RT, 2011.

_____. Curso de direito processual civil. In: ARAÚJO, José Henrique Mouta. **Coisa julgada progressiva & Resolução parcial do mérito**. Curitiba: Juruá Editora, 2008.

RIPE – Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos, Bauru, v.49, n. 64, p. 153-219, jul/dez.2015.
FREZZA, Taís Silva Dias; OLIVEIRA, Flávio Luiz de. Tutela de evidência fundada na incontrovérsia de parcela da demanda: estabilização ou desmistificação da coisa julgada?

BARBOSA, Andrea Carla. Direito em expectativa: As tutelas de urgência e evidência no projeto de novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo**, v. 36, n. 194, p. 243-276, abr. 2011.

BARBOSA, Rui. Oração aos moços. In: ARAÚJO, José Henrique Mouta. **Coisa julgada progressiva & Resolução parcial do mérito**. Curitiba: Juruá Editora, 2008.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O futuro da justiça: alguns mitos. **Revista de Processo**. São Paulo: RT, 2001, n. 102, p. 4.

BEBBER, Júlio César. Recurso parcial e formação gradual da coisa julgada sob o enfoque dos capítulos de sentença. **Revista LTr.**, v. 73, n. 9, p. 1072-1078, set. 2009.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Direito e processo: influência do direito material sobre o processo. In: ARAÚJO, José Henrique Mouta. **Coisa julgada progressiva & Resolução parcial do mérito**. Curitiba: Juruá Editora, 2008.

_____. Efetividade do processo e técnica processual. In: ARAÚJO, Luciano Vianna. **Sentenças parciais?** São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)**. São Paulo: Malheiros, 1998.

BUENO, Cassio Sacarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 4, p. 43.

_____. **Tutela antecipada**. São Paulo: Curso preparatório para concurso, 2004.

_____. **Tutela antecipada**. São Paulo: Saraiva, 2007.

CALAMANDREI, Piero. Verdad y verosimilitud en el proceso civil: Estudios sobre el proceso civil. In: WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. São Paulo: RT, 1999.

CARMONA, Carlos Alberto. Ensaio sobre a sentença arbitral parcial. In: ARAÚJO, Luciano Vianna. **Sentenças parciais?** São Paulo: Saraiva, 2011.

CARNEIRO. Athos Gusmão. Da antecipação de tutela. *Apud* ARAÚJO, José Henrique Mouta. Tutela antecipada do pedido incontroverso: estamos preparados para a nova sistemática processual? **Revista de Processo**, v. 29, n. 116, p. 207-230, jul./ago. 2004.

CHAINAIS, Cécile. La protection juridictionnelle provisoire dans le process civil en droits français et itelien *In*: PAIM, Gustavo Boher. **Estabilização da tutela antecipada**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de direito processual civil. *In*: DORIA, Rogéria Dotti. **A tutela antecipada em relação à parte incontroversa da demanda**. 2. ed. São Paulo: RT, 2003.

CRUZ E TUCCI, José Rogério; BEDAQUE, José Roberto dos Santos (Coords.). Causa de pedir e pedido no processo civil. *In*: ARAÚJO, José Henrique Mouta. **Coisa julgada progressiva & Resolução parcial do mérito**. Curitiba: Juruá, 2008.

CUNHA, Leandro Reinaldo. Do julgamento antecipado da parte incontroversa do pedido (JAPIP): a sentença parcial de mérito. **Revista Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo**, v.1 2, n. 14, p. 259-271, 2008.

DIAS, Jean Carlos. A configuração da coisa julgada parcial e suas repercussões processuais no âmbito do cumprimento das sentenças. **Revista de Processo**, v. 31, n. 135, p. 267-276, maio 2006.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. A terceira etapa da reforma processual civil. *In*: ARAÚJO, Luciano Vianna. **Sentenças parciais?** São Paulo: Saraiva, 2011.

DINAMARCO, Cândido Rangel. A reforma da reforma. *In*: DORIA, Rogéria Dotti. **A tutela antecipada em relação à parte incontroversa da demanda**. 2. ed. São Paulo: RT, 2003.

_____. **Capítulos de Sentença**. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. **Instituições de direito processual civil**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, v.2, 2009.

DORIA, Rogéria Dotti. **A tutela antecipada em relação à parte incontroversa da demanda**. 2. ed. São Paulo: RT, 2003.

RIPE – Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos, Bauru, v.49, n. 64, p. 153-219, jul/dez.2015.
FREZZA, Taís Silva Dias; OLIVEIRA, Flávio Luiz de. Tutela de evidência fundada na incontrovérsia de parcela da demanda: estabilização ou desmistificação da coisa julgada?

FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. Comentários à novíssima reforma do CPC: Lei 10.444, de 7 de maio de 2002. *Apud* ARAÚJO, José Henrique Mouta. Tutela antecipada do pedido incontroverso: estamos preparados para a nova sistemática processual? **Revista de Processo**, v. 29, n. 116, p. 207-230, jul./ago. 2004.

FUX, Luiz. A tutela dos direitos evidentes. **Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça**. Brasília, ano 2, n. 16, p. 23-43, abr. 2000.

_____. **Tutela de segurança e tutela de evidência (fundamentos da tutela antecipada)**. São Paulo: Saraiva, 1996.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Direito processual civil esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 2011.

GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na Constituição de 1988. *In*: ARAÚJO, José Henrique Mouta. **Coisa julgada progressiva & Resolução parcial do mérito**. Curitiba: Juruá, 2008.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Tutela jurisdicional diferenciada: a antecipação e sua estabilização. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 30, n. 121, p. 11-37, mar. 2005.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Garantia do tratamento paritário das partes. *In*: CRUZ E TUCCI, José Rogério (Coord.). **Garantias Constitucionais do Processo Civil**. 1. ed. São Paulo: RT, 1999, p. 93-94.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Abuso de defesa e parte incontroversa da demanda**. 2. ed. São Paulo: RT, 2011.

_____. **Antecipação da tutela**. 12. ed. São Paulo: RT, 2011.

_____. **Técnica Processual e tutela dos direitos**. 3. ed. São Paulo: RT, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. O projeto do CPC: críticas e propostas. *In*: PAIM, Gustavo Boher. **Estabilização da tutela antecipada**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

MONTESQUIEU, Charles de. O espírito das leis. *In*: PAIM, Gustavo Boher. **Estabilização da tutela antecipada**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro. Coisa julgada. *In*: ARAÚJO, Luciano Vianna. **Sentenças parciais?** São Paulo: Saraiva, 2011.

NERY JUNIOR, Nelson. Conceito sistemático de sentença: considerações sobre a modificação do CPC 162, § 1º, que não alterou o conceito de sentença. *In*: ARAÚJO, Luciano Vianna. **Sentenças parciais?** São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. Atualidades sobre o processo civil: a reforma do CPC brasileiro de dezembro de 1984. *In*: PEREIRA, Rafael Caselli. **Tutela definitiva da parcela incontroversa da demanda: compreensão dogmática à luz dos direitos fundamentais e da legislação infraconstitucional.** São Paulo: LTR, 2011.

OLIVEIRA, Bruno Silveira. A “interlocutória faz de conta” e o “recurso ornitorrinco” (Ensaio sobre a sentença parcial e sobre o recurso dela cabível). **Revista de Processo**, ano 37, n. 203, p. 74-95, jan. 2012.

PAIM, Gustavo Boher. **Estabilização da tutela antecipada.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

PARÁ FILHO, Tomás. A recorribilidade das decisões interlocutórias no novo Código de Processo civil. *In*: ARAÚJO, Luciano Vianna. **Sentenças parciais?** São Paulo: Saraiva, 2011.

PEREIRA, Rafael Caselli. **Tutela definitiva da parcela incontroversa da demanda: compreensão dogmática à luz dos direitos fundamentais e da legislação infraconstitucional.** São Paulo: LTR, 2011.

RICCI, Edoardo F. A tutela antecipatória brasileira vista por um italiano. *In*: DORIA, Rogéria Dotti. **A tutela antecipada em relação à parte incontroversa da demanda.** 2. ed. São Paulo: RT, 2003.

SANT'ANNA, Paulo Afonso de Souza. Hipóteses para concessão da tutela antecipatória da parte incontroversa da demanda (art. 273, §6º, do CPC). **Revista de Processo**, São Paulo, v. 30, n. 121, mar. 2005.

TERRA, Rogério Luiz dos Santos. A antecipação de tutela do pedido incontroverso: questões polêmicas derivadas do art. 273, §6º, do Código de Processo Civil. **Revista Forense**, v. 412, p. 251-264, nov./dez. 2010.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. As novas reformas do Código de Processo Civil. *In*: ARAÚJO, Luciano Vianna. **Sentenças parciais?** São Paulo: Saraiva, 2011.

RIPE – Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos, Bauru, v.49, n. 64, p. 153-219, jul/dez.2015.
FREZZA, Taís Silva Dias; OLIVEIRA, Flávio Luiz de. Tutela de evidência fundada na incontrovérsia de parcela da demanda: estabilização ou desmistificação da coisa julgada?

_____. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento.** Rio de Janeiro: Forense, v.1, 2011.

_____. Tutela antecipada e tutela cautelar. *In*: DILAY, Wagner. **O pedido incontroverso e a antecipação dos efeitos da tutela: posições doutrinárias e o acolhimento incipiente dos tribunais.** Curitiba: JM Livraria Jurídica, 2008.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; ANDRADE, Érico. A autonomização e a estabilização da tutela de urgência no projeto de CPC. **Revista de Processo**, ano 37, n. 206, p. 13-59, mar. 2012.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Nulidades do processo e da sentença. *In*: ARAÚJO, Luciano Vianna. **Sentenças parciais?** São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. O agravo e o conceito de sentença. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 32, p. 244, 2006.

_____. Os agravos no CPC brasileiro. *In*: ARAÚJO, Luciano Vianna. **Sentenças parciais?** São Paulo: Saraiva, 2011.

WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil.** São Paulo: Ed. RT, 1999.

ZAVASCKI, Teori Albino. Antecipação da tutela. *In*: ARAÚJO, Luciano Vianna. **Sentenças parciais?** São Paulo: Saraiva, 2011.

Data de recebimento: 21/09/2015

Data de aceitação: 09/12/2015

RIPE – Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos, Bauru, v.49, n. 64, p. 153-219, jul/dez.2015.
FREZZA, Taís Silva Dias; OLIVEIRA, Flávio Luiz de. Tutela de evidência fundada na incontrovérsia de parcela da demanda: estabilização ou desmistificação da coisa julgada?