

Um brinde à nossa criatividade e não se esqueçam que na realidade vampiros são borboletas...(*floatation*).

Ao escrever esta obra me deparei com a difícil tarefa de (re)pensar o que já havia sido pensado por processualistas do quilate de Luiz Guilherme Marinoni, Daniel Mitidiero e Rogéria Dotti Doria, o que não foi fácil, mas busquei enriquecer o debate de forma definitiva e incontroversa!

Espero ter conseguido. Consegui?

Ah, e não se esqueçam do que aconteceu com o homem que conseguiu tudo com que sempre sonhou. O que?

Foi feliz para sempre.

Aproveitem a obra. *Carpe diem!*

SUMÁRIO

Prefácio	11
Introdução	15
1. Tutela antecipada	19
1.1. Evolução histórica da tutela antecipada	19
1.2. Conceito de tutela antecipada	28
1.3. Pressupostos positivos e negativos da tutela antecipada	32
2. Enquadramento sistemático da tutela jurisdicional fundada na parte incontroversa da demanda	35
2.1. Tutela antecipada e tutela final. Características do ponto de vista da cognição e da estrutura dos provimentos	35
2.2. A parte incontroversa da demanda entre tutela antecipatória e tutela final. A necessidade de compreensão do instituto à luz do direito fundamental à tutela jurisdicional adequada e tempestiva. As soluções em termos de direito comparado	44
3. Fundamentos da tutela da parte incontroversa da demanda	55
3.1. A necessidade de tutela jurisdicional diferenciada ao direito incontroverso. O tempo do processo e a necessidade de dimensioná-lo de acordo com as necessidades do direito material tal como levado a juízo. É injusto esperar pela declaração e realização de um direito que não se mostra mais controverso	55
3.2. A necessidade de realização da igualdade no processo civil. A duração do processo não pode prejudicar o autor que tem razão. Tempo fisiológico e tempo patológico do processo	59
4. Dinâmica da tutela definitiva da parcela incontroversa no processo civil	73
4.1. Iniciativa para prestação da tutela jurisdicional	73
4.2. Cognição exauriente e juízo de certeza. Hipóteses idôneas para caracterização da incontrovérsia	74
4.3. Preclusão consumativa. A definitividade da decisão que presta tutela definitiva à parcela incontroversa da demanda	88

4.4. Caracterização da decisão que presta tutela definitiva da parcela incontroversa. O conceito de sentença e o conceito de decisão interlocutória no Código Buzaid. Estes mesmos conceitos no Código reformado	96
4.5. Recurso cabível da decisão que presta tutela definitiva da parcela incontroversa. Regime jurídico	105
Considerações finais	113
Referências Bibliográficas	115

PREFÁCIO

Conheci Rafael Caselli Pereira no Curso de Mestrado em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Fui orientador de sua dissertação de mestrado, que ora ganha versão comercial pela prestigiosa Editora LTr com o título *Tutela Definitiva da Parcela Incontroversa da Demanda*.

Trata-se de dissertação muito bem construída por Rafael, costurada sob atenta bibliografia e com o propósito declarado de tomar a sério o *ônus do tempo no processo* e distribuí-lo de modo a que o autor não venha a sofrer com *dilações indevidas* no seu curso para reconhecimento e atuação de seus direitos. O resultado de seu trabalho pode conferir facilmente o leitor interessado: dissertação completa na exposição dos problemas e muito competente nas respectivas soluções.

O método de trabalho pelo qual se guia nosso Autor é aquele que hoje vem se revelando vencedor em todos os quadrantes do Direito – o de pensar a partir da normatividade do Estado Constitucional e dos direitos fundamentais que lhe servem de molde. É por isso que todo aquele que compulsa o seu bem delineado sumário já percebe o fecundo e engajado viés com que trabalha Rafael. Indubitavelmente, o livro que o leitor tem em mãos é daqueles que oferecem segura orientação a respeito dos problemas tratados, sem perder de vista que teoria e prática devem andar juntas para que possa ser realmente proveitosa e fecunda para a sociedade o desenvolvimento acadêmico do Direito. Estão de parabéns a Editora LTr e Rafael Caselli Pereira pela oportuníssima publicação.

Outono em Porto Alegre, 2011.

Daniel Mitidiero

Professor Adjunto de Direito Processual Civil dos Cursos de Graduação, Especialização, Mestrado e Doutorado em Direito da UFRGS.
Doutor em Direito (UFRGS). Advogado.

INTRODUÇÃO

A ciência jurídica enfrentou sérias dificuldades no final do século XX. Assim, para que o Direito permanecesse como meio regulador do convívio social, foi preciso uma renovação de suas premissas com a readaptação do ordenamento jurídico como um todo.

A sociedade industrial tinha interesse em um provimento seguro, baseado em um juízo de certeza — ou cognição exauriente. Por tal razão, Giuseppe Chiovenda⁽¹⁾ entendia que o único processo capaz de formar tal juízo no magistrado era o ordinário, que trazia a segurança conclamada pela sociedade daquela época.

No entanto, a evolução da sociedade em geral trouxe uma mudança de interesses: a efetividade e a duração razoável do processo em detrimento à segurança jurídica. Em pleno século XXI, com a sociedade globalizada, na qual as informações se transmitem em alta velocidade e a tecnologia, a medicina, a biologia e o direito crescem em ritmo acelerado, não se pode ficar à mercê de uma prestação jurisdicional demorada e, portanto, ineficaz. Assim, o tempo do processo passou a ser um fator importantíssimo nas relações sociais.

No Brasil, a própria Constituição Federal de 1988 ampliou as garantias individuais e coletivas, trazendo para si a entrega da tutela jurisdicional da forma mais plena e ampla possível. Tal realidade é ilustrada pelo art. 5º, inciso XXXV, que garante o amplo acesso à justiça, dispositivo que inclusive consta no rol das cláusulas pétreas da Carta Magna como princípio basilar da estrutura do sistema processual brasileiro, uma vez que referido princípio garante não apenas a “inafastabilidade do controle jurisdicional”, mas a necessidade de novas técnicas suficientemente adequadas para a prestação da atividade jurisdicional.⁽²⁾

(1) CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de direito processual civil, 2. ed. Campinas, Bookseller, 2000. p. 217.

(2) “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XXXV — a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito; [...]”.

A Emenda Constitucional n. 45, de 8 de dezembro de 2004, inseriu no art. 5º o inciso LXXVIII, assegurando a todos, no âmbito judicial e administrativo, a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

Assim, quando se fala em prestação jurisdicional de urgência, automaticamente se depara com a garantia constitucional desta prestação jurisdicional — a inafastabilidade prevista no inciso XXXV do art. 5º da Carta Política de 1988 —, bem como na questão do tempo para a realização do direito, a partir da “razoável duração do processo”.

A introdução da garantia da razoável duração do processo pela Emenda Constitucional n. 45, de 30 de dezembro de 2004, possibilitou à ciência processual deflagrar a efetiva necessidade de repensar a prestação jurisdicional não apenas como tarefa do Estado, mas como um direito de todo indivíduo.

Diante da conclamada necessidade por um processo mais célere e eficaz, foram produzidas alterações expressivas no Código de Processo Civil, destacando-se a Lei n. 8.952, de 13 de dezembro de 1994, que universalizou o instituto da antecipação de tutela por meio do art. 273, posteriormente modificada pela Lei n. 10.444, de 7 de maio de 2002, que introduziu a possibilidade de se antecipar a parcela da demanda que se mostrar incontroversa.

O legislador, ao instrumentalizar o instituto da tutela antecipada como solução normativa para dirimir as tensões entre o direito à efetividade do processo e o direito à segurança jurídica, criou mecanismos para romper com o dogma da segurança jurídica como garantidor do *status quo*.

Neste prisma, deve-se anteceder o presente trabalho com algumas premissas sobre o instituto da antecipação de tutela de modo mais genérico, para que então se possa analisar o § 6º do art. 273 do Código de Processo Civil, que disciplina o julgamento antecipado parcial da lide quando um ou mais pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso.

No primeiro capítulo será feito um breve estudo histórico, com a consequente análise do conceito de tutela antecipada e seus pressupostos positivos e negativos. Posteriormente, examinar-se-á a tutela antecipada e a tutela final com as suas respectivas características do ponto de vista da cognição e estrutura dos provimentos.

Num segundo momento, tratar-se-á da parte incontroversa da demanda entre a tutela antecipatória e a tutela final, bem como da necessidade da compreensão do instituto à luz do direito fundamental à tutela jurisdicional adequada e tempestiva, além de algumas soluções apontadas no direito alienígena.

Após conhecido e investigado o instituto, a pesquisa será direcionada aos fundamentos da antecipação de tutela da parte incontroversa da demanda, como forma de tutela jurisdicional diferenciada, e à necessidade de redimensionar o tempo do processo de acordo com as necessidades do direito material, pelo fato de ser injusto aguardar pela declaração e efetivação de um direito que não se mostra mais controverso.

A garantia constitucional da duração razoável do processo (tempo fisiológico e patológico) será abordada de acordo com a necessidade da realização da igualdade ao longo da demanda, com a consequente análise do princípio de que a duração do processo não pode prejudicar o autor que tem razão.

Destacando que a moderna doutrina processual vem abordando a possibilidade de antecipação dos efeitos da tutela com relação àquela parte da demanda que não está mais controvertida, “satisfazendo” rapidamente, por meio da cognição exauriente, o direito do autor mediante um provimento final e não meramente antecipatório, será objeto do terceiro capítulo os fundamentos da tutela antecipada de pedidos incontroversos, visando apresentar um posicionamento condizente com as necessidades atuais da sociedade, mas sem perder de vista o sistema processual brasileiro atual.

Ademais, a tutela antecipada em relação à parte incontroversa da demanda é uma técnica processual que foi encontrada pelo legislador para os casos em que a demanda está parcialmente resolvida, seja porque o réu não contestou determinadas alegações de fatos, ou reconheceu uma parte do pedido, ou, ainda, quando existem pedidos cumulados e alguns deles não se encontram mais controvertidos, despertando a curiosidade da pesquisa científica, motivo pelo qual também será analisada sua dinâmica processual.

Assim, o quarto capítulo será destinado à análise das hipóteses idôneas para caracterização da incontroversia em sede de cognição exauriente e juízo de certeza por meio das técnicas da não-contestação e do reconhecimento parcial do pedido para concessão da tutela antecipada da parte incontroversa da demanda, prevista no § 6º do art. 273 do Código de Processo Civil, passando pelo conceito de incontroversia, pela natureza definitiva da decisão, pelo princípio da *unità e unicità della decisione* e pelo julgamento fracionado/antecipado da lide.

Após discorrer sobre a parte histórica do instituto, na qual serão abordados os fundamentos e a dinâmica do instituto, serão analisados os conceitos de sentença e de decisão interlocutória no Código Buzaid e no Código Reformado, além de definir o recurso cabível da decisão que presta a tutela definitiva da parcela incontroversa.

Quando se busca a proteção do Estado-Juiz para composição do conflito de interesses, espera-se que a decisão seja proferida a tempo de proteger o

direito objeto do litígio. A decisão judicial somente é adequada à pacificação do conflito social quando entregue em tempo razoável, sob pena de perecimento do direito.

A concretização da ideia de razoabilidade na duração dos processos judiciais e de entrega tempestiva da jurisdição exige a redefinição dos valores que inspiram o direito processual civil, impondo, ainda, mais do que reformas legislativas pontuais ou exaustivas, a participação ativa do Poder Judiciário para a conscientização do caráter instrumental do processo e da influência que lhe é exercida pelos princípios de ordem constitucional.

Dispõe o art. 273, § 6º, do Código de Processo Civil, introduzido pela Lei n. 10.444/2002, que “a tutela antecipada também poderá ser concedida quando um ou mais pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso”. Considerando que o referido dispositivo tem como pressuposto a incontrovérsia do pedido, questiona-se: Qual seria a natureza de tal decisão? De cognição sumária ou exauriente? Provisória ou definitiva? Interlocutória ou final? Seria a hipótese de antecipação dos efeitos da tutela ou de sentença parcial? Qual o recurso cabível?

Portanto, o objetivo dos argumentos ao longo da dissertação é levar a conclusões cujo conteúdo é muito mais amplo do que o das premissas nas quais se basearam, ilustradas pela divergência doutrinária existente sobre o art. 273 do Código de Processo Civil, ou seja, através do método indutivo, histórico e dogmático, bem como do comparativo, buscar-se-á responder às questões acima aduzidas e provocar o debate sobre essas mesmas questões.

1

TUTELA ANTECIPADA

1.1. Evolução histórica da tutela antecipada

A partir do momento em que o Estado proibiu a autotutela, trazendo para si o monopólio da jurisdição, responsabilizou-se pela elaboração de leis que permitam, através de técnicas processuais, a obtenção da prestação jurisdicional adequada, tempestiva e efetiva, por meio de medidas processuais que possam qualificar a jurisdição brasileira.

Na década de 1930, surge uma obra de suma importância para suscitar a reflexão sobre questões do processo e seus fins específicos, de autoria de Piero Calamandrei, intitulada “*Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*”.⁽³⁾

Com a constituição de uma teoria geral do processo cautelar, após a Revolução Industrial, os estudiosos da nova ciência processualista sentiram a necessidade de enfrentar a demora do processo, pois comprometia a efetividade da prestação jurisdicional.

Percebeu-se, no entanto, que o procedimento ordinário em muitos casos tornava-se ineficaz, gerando insegurança quanto à prestação jurisdicional do Estado. Diante disso, o processo civil brasileiro vem experimentando, desde 1994, inúmeras alterações que visaram a modernizá-lo, verdadeira fuga do procedimento ordinário, quiçá o descaracterizando como tal.⁽⁴⁾

José Eduardo Carreira Alvim também demonstra claramente que a introdução do instituto da antecipação de tutela tem o propósito de agilizar a prestação jurisdicional, e enfatiza que o Código de Processo Civil⁽⁵⁾ sofreu alterações da maior importância, que, bem compreendidas e aplicadas, virão

(3) CALAMANDREI, Piero. *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*. Padova: CEDAM, 1936.

(4) SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de processo civil*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 108. v. I.

(5) BRASIL. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, 17 jan. 1973, rep. 23 mar. 1973, rep. 27 jul. 2006. Imprensa Nacional <<http://www.in.gov.br/imprensa/visualiza/index.jsp?jornal=1&pagina=1&data=27/07/2006>>

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Todas as técnicas processuais que se mostrem em sintonia com os ideais da efetividade e da instrumentalidade são bem vindas e merecem um lugar de destaque na sistemática do processo civil moderno.

Por força da Lei n. 10.444, de 7 de maio de 2002, o instituto da tutela antecipada foi aperfeiçoado com a inserção do § 6º ao art. 273, criando uma nova técnica que permite ao magistrado antecipar a tutela pretendida na inicial como “final” em razão da incontrovérsia parcial do objeto do processo.

Como visto, o requisito autorizador da tutela antecipada prevista no § 6º do art. 273 não é o *periculum in mora*, ou o perigo de dano irreparável ou de difícil reparação, mas sim o desaparecimento da controvérsia, não mais estando a parte obrigada a esperar até o julgamento final para ver o seu direito “satisfeito”.

Diferentemente da estrutura original do Código Buzaid, o qual foi elaborado para atender demandas tipicamente interindividuais, sobrevieram inúmeras reformas legislativas destinadas a instrumentalizar a tutela sobre interesses que emergiram com o avanço e desenvolvimento da sociedade, visando garantir uma prestação jurisdicional adequada, tempestiva e efetiva.

Com a reforma promovida pela Lei n. 11.232, de 2005 — que, no § 1º do art. 162 do Código de Processo Civil, alterou o significado de sentença, agora caracterizada como provimento pelo qual o juiz diz o direito, por meio da aplicação dos arts. 267 e 269 do Código de Processo Civil, encerrando o procedimento em primeiro grau de jurisdição — tornou-se possível a sentença parcial (tutela final) quando o magistrado se manifestar tão-somente quanto a uma das demandas cumuladas (cumulação simples), ou parcela destas.

Com a resolução definitiva e fracionada da causa, rompe-se com o dogma do princípio da unidade e da unicidade da prestação judicial estabelecido no direito positivo, desnecessário no contexto atual.

Se analisado à luz dos direitos fundamentais (dentre outros, através da Emenda Constitucional n. 45) e da legislação infraconstitucional, o instituto da tutela antecipada da parcela incontroversa da demanda (§ 6º do art. 273 do CPC) permite concluir que se trata de técnica processual que possibilita o julgamento definitivo da parcela incontroversa da demanda.

No processo civil italiano, muito embora continue em vigor o princípio de que a decisão deve abarcar todas as questões postas, em alguns casos (condenação ao pagamento de quantia certa ou a entrega e desocupação de bens — art. 186-*quater*) é possível apreciar desde logo uma parte da demanda que não necessite de instrução, deixando-se o restante para o final do processo.

No direito brasileiro, a tutela antecipada, fundada nas técnicas da não-contestação, na contestação evasiva ou genérica, na confissão, na aplicação da pena de confesso, na transação e no reconhecimento jurídico de um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, é cabível não só nos casos de soma em dinheiro e de entrega de coisas fungíveis, mas em qualquer hipótese em que se almeje a entrega da coisa (móvel ou imóvel) ou o cumprimento de um fazer ou de um não-fazer.

A tutela antecipada fundada na técnica da incontrovérsia do pedido tornou possível a distribuição mais equânime do ônus do tempo do processo, haja vista que a duração do processo não pode prejudicar o autor que tem razão, por ser injusto obrigá-lo a aguardar pela declaração de um direito que não se mostra mais resistido.

Não há como sustentar, na perspectiva do Estado constitucional, que o art. 273, § 6º, do Código de Processo Civil seja definido como uma simples antecipação de tutela provisória dos efeitos da sentença, fundada em cognição sumária. Pelo contrário, tal dispositivo deve ser interpretado em conformidade ao direito fundamental a um processo com duração razoável (sem dilações indevidas), haja vista o juízo de cognição exauriente e sua consequente impositação como julgamento definitivo da parcela incontroversa da demanda como tutela final.

Conclui-se que o § 6º do art. 273 autoriza a cisão do julgamento do processo caracterizada por uma sentença parcial de mérito, de forma que a parte incontroversa da demanda possa ser julgada de imediato e a parte controvertida, após a instrução probatória. Ante a ausência de previsão legal, cabível a interposição de agravo de instrumento, cujo tratamento deverá ocorrer de forma a possibilitar sustentação oral, embargos infringentes, embargos de declaração, recurso especial e extraordinário, devendo estes dois últimos ficarem retidos nos autos, salvo pedido de imediato processamento justificadamente.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALBANESE, Susana. *Garantias judiciales: algunos requisitos del debido proceso legal en el derecho internacional de los derechos humanos*. Buenos Aires: Ediar, 2000.
- ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução de Ernesto Garz'on Vald'es. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.
- ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil*. 10. ed. São Paulo: RT, 2006. v. 2.
- _____. Obrigações de fazer e não fazer — direito material e processo. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 99, p. 30, 2000.
- ALVIM, Eduardo Arruda. *Antecipação de tutela*. Curitiba: Juruá, 2009.
- _____. O perfil da decisão calcada no § 6º do art. 273 do CPC hipótese de julgamento antecipado da lide. In: CARVALHO, Milton Paulo de. *Direito processual civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.
- ALVIM, José Eduardo Carreira. A antecipação da tutela na reforma processual. *Revista da AJUFE*. Brasília, n. 54, p. 23-36, mar./abr. 1997.
- _____. *Tutela antecipada na reforma processual*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2001.
- ALVIM NETTO, José Manuel de Arruda. Anotações sobre alguns aspectos das modificações sofridas pelo processo hodierno entre nós: evolução da cautelaridade e suas reais dimensões em face do instituto da antecipação de tutela. As obrigações de fazer e de não fazer. Valores dominantes na evolução de nossos dias. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 97, p. 107-134, 2000.
- ALVIM, Luciana Gontijo Carreira. *Tutela antecipada na sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- _____. *Cognizione ed executione forzada nel sistema della tutela plurisdizionale*. Milano: Giuffré, 1983.
- ANDOLINA, Ítalo; VIGNERA, Giuseppe. *Il modelo costituzionale del processo civile italiano*. Turim: Giappichelli, 1990.
- ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Comentários ao código de processo civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976. v. 2.
- _____. *Comentários ao código de processo civil*. 9. ed. Rio de Janeiro, 1998. v. II.
- ARMELIN, Donaldo. Tutela jurisdicional cautelar. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, n. 23, p. 126, jun. 1985.
- _____. Tutela jurisdicional diferenciada. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 65, p. 45, jan./mar. 1992.