

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
MESTRADO EM DIREITO**

RAFAEL CASELLI PEREIRA

**TUTELA DEFINITIVA DA PARCELA INCONTROVERSA DA DEMANDA:
compreensão dogmática à luz dos direitos fundamentais e da legislação
infraconstitucional**

Porto Alegre

2010

RAFAEL CASELLI PEREIRA

**TUTELA DEFINITIVA DA PARCELA INCONTROVERSA DA DEMANDA:
compreensão dogmática à luz dos direitos fundamentais e da legislação
infraconstitucional**

Dissertação apresentada ao Curso de Pós-graduação-Mestrado da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, área de concentração Teoria Geral da Jurisdição e Processo.

Orientador: Prof. Dr. Daniel Mitidiero

Porto Alegre

2010

RESUMO

O objetivo do presente trabalho é analisar o § 6.º do artigo 273 do Código de Processo Civil na perspectiva dogmática à luz dos direitos fundamentais e da legislação infraconstitucional. Para tanto, abordou-se a evolução histórica, conceito, pressupostos positivos e negativos do instituto da tutela antecipada. Posteriormente analisou-se o enquadramento sistemático da tutela jurisdicional fundada na parte incontroversa da demanda entre tutela antecipada ou tutela final, com as conseqüentes características do ponto de vista da cognição e estrutura dos provimentos, além de apresentar as soluções em termos de direito comparado. Foram descritos os fundamentos da tutela da parte incontroversa da demanda frente à necessidade de dimensioná-la de acordo com as exigências do direito material por ser injusto aguardar a declaração de um direito que não se mostra mais controverso. Considerando que a duração do processo não pode prejudicar o autor que tem razão, e o ideal de que a tutela jurisdicional deve ser prestada de forma adequada, tempestiva (considerando o tempo fisiológico e patológico do processo) e efetiva foi abordada a dinâmica e hipóteses para caracterização da tutela definitiva da parcela incontroversa através da cognição exauriente face ao juízo de certeza. A partir dos conceitos de sentença e de decisão interlocutória no Código Buzaid e no Código Reformado, verificamos a necessidade de compreender o § 6.º do artigo 273 do Código de Processo Civil como tutela final, no formato de sentença parcial de mérito e, por ausência de previsão legal, atacável por agravo de instrumento.

Palavras-chave: Tutela final. Parcela incontroversa da demanda. Julgamento definitivo. Sentença parcial de mérito. Agravo de instrumento.

ABSTRACT

The present study aims to analyze the § 6 of article 273 of the Brazilian Civil Procedure Code according to the fundamental rights and the infra-constitutional legislation. For achieving this purpose, it studies the historical evolution, concepts, weaknesses and strengths of the interim relief. Subsequently, it analyzes the systematic adjustment of remedies based on the uncontroversial part of demand between interim relief and judicial remedy, with the characteristics from the point of view of cognition and structure of appointments and presenting the remedies regarding comparative law. It describes the legal remedy fundamentals of the uncontroversial part of the demand facing the need of dimensioning it according to the demands of material Law for being unfair to wait for a right that is no longer controversial. Considering that the duration of the process may not harm the author who is right, and the idea that the legal remedy must be given properly, timely (considering the time of physiological and pathological process) and effectively, it was approached dynamics and hypothesis for characterizing the legal remedy of the uncontroversial party through cognition facing certainty. From the concepts of legal remedy and in Buzaid Code and the in the Renewed Code, there is a need to understand the § 6 of article 273 of the Brazilian Civil Procedure Code as a final remedy, in the form of partial award of merit and by the absence of such law attackable by bill of review

Key-words: Legal Remedy. Uncontroversial part of demand. Final Judgment. Partial award of merit. Bill of review.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1 TUTELA ANTECIPADA	14
1.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA	14
1.2 CONCEITO DE TUTELA ANTECIPADA	25
1.3 PRESSUPOSTOS POSITIVOS E NEGATIVOS DA TUTELA ANTECIPADA	30
2 ENQUADRAMENTO SISTEMÁTICO DA TUTELA JURISDICIONAL FUNDADA NA PARTE INCONTROVERSA DA DEMANDA	33
2.1 TUTELA ANTECIPADA E TUTELA FINAL. CARACTERÍSTICAS DO PONTO DE VISTA DA COGNIÇÃO E DA ESTRUTURA DOS PROVIMENTOS	33
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	57
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	57
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	62
4 DINÂMICA DA TUTELA DEFINITIVA DA PARCELA INCONTROVERSA NO PROCESSO CIVIL	78
4.1 INICIATIVA PARA PRESTAÇÃO DA TUTELA JURISDICIONAL	78
4.2 COGNIÇÃO EXAURIENTE E JUÍZO DE CERTEZA. HIPÓTESES IDÔNEAS PARA CARACTERIZAÇÃO DA INCONTROVÉRSIA	80
4.3 PRECLUSÃO CONSUMATIVA. A DEFINITIVIDADE DA DECISÃO QUE PRESTA TUTELA DEFINITIVA À PARCELA INCONTROVERSA DA DEMANDA	95
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	103
4.5 RECURSO CABÍVEL DA DECISÃO QUE PRESTA TUTELA DEFINITIVA DA PARCELA INCONTROVERSA. REGIME JURÍDICO	114

CONSIDERAÇÕES FINAIS	122
REFERÊNCIAS	125

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 Chiovenda¹ 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 artigo 5.º, 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, 2ª ed., Campinas, Bookseller, 2000, p. 217.

² “Art. 5.º 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.º 45, de 8 de dezembro de 2004, inseriu no artigo 5.º 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 artigo 5.º 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.º 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.º 8.952, de 13 de dezembro de 1994, que universalizou o instituto da antecipação de tutela por meio do artigo 273, posteriormente modificada pela Lei n.º 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 § 6.º do artigo 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 conseqüente 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 conseqüente 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, através da cognição exauriente, o direito do autor por meio de um provimento final e não meramente antecipatório, será objeto do terceiro capítulo a dinâmica da tutela antecipada de pedidos incontroversos, visando a 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 serão analisados seus fundamentos.

Assim, o terceiro capítulo será destinado à análise das hipóteses idôneas para caracterização da incontrovérsia em sede de cognição exauriente e juízo de certeza através das técnicas da não-contestação e do reconhecimento parcial do pedido para concessão da tutela antecipada da parte incontroversa da demanda, prevista no parágrafo 6.º do artigo 273 do Código de Processo Civil, passando pelo conceito de incontrovérsia, 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 idéia 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 artigo 273, § 6.º, do Código de Processo Civil, introduzido pela Lei n.º 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 artigo 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.

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.º 10.444, de 7 de maio de 2002, o instituto da tutela antecipada foi aperfeiçoado com a inserção do § 6.º ao artigo 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 § 6.º do artigo 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.º 11.232, de 2005 – que, no § 1.º do artigo 162 do Código de Processo Civil, alterou o significado de sentença, agora caracterizada como provimento pelo qual o juiz diz o direito, através da aplicação dos artigos 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.º 45) e da legislação infraconstitucional, o instituto da tutela antecipada da parcela incontroversa da demanda (§ 6.º 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 artigo 273, § 6.º, 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 conseqüente impositação como julgamento definitivo da parcela incontroversa da demanda como tutela final.

Conclui-se que o parágrafo 6.º do artigo 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.

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

P436p Pereira, Rafael Caselli
Tutela definitiva da parcela incontroversa da
demanda : compreensão dogmática à luz dos direitos
fundamentais e da legislação infraconstitucional /
Rafael Caselli Pereira. – Porto Alegre, 2010.
147 f.

Diss. (Mestrado em Direito) – Fac. de Direito,
PUCRS.

Orientação: Prof. Dr. Daniel Mitidiero.

1. Direito. 2. Direito Processual Civil. 3. Tutela
(Direito). 3. Tutela Jurisdicional. 4. Agravo (Direito).
6. Sentenças (Direito Processual Civil). I. Mitidiero,
Daniel. II. Título.

CDD 341.46

Ficha Catalográfica elaborada por
Vanessa Pinent
CRB 10/1297