

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO**

Danilo Squeff Merlim

**DIREITOS FUNDAMENTAIS PROCESSUAIS E A TUTELA DO PEDIDO
INCONTROVERSO**

Porto Alegre

2014

DANILO SQUEFF MERLIM

**DIREITOS FUNDAMENTAIS PROCESSUAIS E A TUTELA DO PEDIDO
INCONTROVERSO**

Monografia apresentada como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Orientador: Prof. Klaus Cohen Koplin

Porto Alegre

2014

DANILO SQUEFF MERLIM

**DIREITOS FUNDAMENTAIS PROCESSUAIS E A TUTELA DO PEDIDO
INCONTROVERSO**

**Monografia apresentada como requisito
parcial para a obtenção do grau de Bacharel
em Direito pela Faculdade de Direito da
Universidade Federal do Rio Grande do Sul.**

Aprovada em ____ de _____ de _____.

BANCA EXAMINADORA

Professor Dr. Klaus Cohen Koplin
Orientador

Professor Dr. Daniel Francisco Mitidiero

Professor Dr. Sérgio Luis Wetzel de Mattos

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus pela oportunidade de estar vivo, produzindo e ajudando os meus semelhantes, agradeço à força viva dentro cada um de nós, que nos possibilita criarmos e experimentarmos a realidade que desejamos.

Agradeço à minha família em especial a Pai, Mãe e Irmã cuja fonte de carinho me ajudou e me abasteceu durante muitos anos, agradeço também aos meus pais por terem me trazido a este mundo maravilhoso.

Agradeço à minha companheira, Natália, cuja fonte de amor e ternura me ajuda a imprimir em um relacionamento os mais altos valores do espírito.

Agradeço também a outros tantos amigos que sempre me ajudaram, em especial Bruno e Gislaine, cuja fonte de luz e sabedoria ajuda a iluminar meu caminho.

Agradeço também ao professor Klaus, pessoa que tive a oportunidade e o prazer de contar durante toda a elaboração do trabalho.

RESUMO

Este trabalho tem por objetivo analisar a questão da tutela do pedido incontroverso no processo civil brasileiro. A questão será analisada sob a ótica dos direitos fundamentais processuais, a saber: direito fundamental ao processo justo, direito fundamental processual à duração razoável do processo e direito fundamental a uma tutela jurisdicional adequada, efetiva e tempestiva. No trabalho, a partir desses direitos é que serão analisadas as questões polêmicas sobre o instituto do art. 273, § 6º do CPC, como a natureza do instituto, conceito de pedido incontroverso, o caráter da cognição judicial, o recurso cabível e a execução da decisão. Quanto à divergência sobre a natureza, falaremos das posições que existem sobre o instituto, entre aqueles que entendem que é antecipação de tutela e aqueles que entendem ser sentença parcial de mérito. Sobre a cognição, examinaremos se é sumária ou exauriente e dessa forma apta ou não à formação da coisa julgada material. A respeito do recurso cabível, investigaremos se é apelação, agravo de instrumento ou se é apelação por instrumento. Sobre a execução veremos se é provisória ou definitiva.

Palavras-chave: Direito Processual Civil. Direitos fundamentais processuais. Tutela do pedido incontroverso.

ABSTRACT

This study aims to analyze the issue of protection of the undisputed claim in the Brazilian civil procedure. The issue will be discussed faced to the perspective of procedural fundamental rights, namely: the fundamental right to due process, fundamental procedural right to reasonable duration of the process and fundamental right to adequate judicial protection, effective and timely. In this research, based on these rights, we will examine the controversial questions about the institute in the Art. 273, § 6º of the CPC, as the nature of the institute, uncontroversial request of the concept, the character of judicial cognition, the appropriate appeal and enforcement of the judgment. As regards to the disagreement about the nature we will talk about of the positions which there are in the institute, among those which understand that it is the legal protection and those that perceive it as a partial judgment of the merit. We will examine whether the cognition is summarized or it is overall, also, if it fits or not to the formation of the material *res judicata*. Concerning the applicable appeal we will investigate whether it is appeal, interlocutory appeal or if it is appeal by instrument. About enforcement, we will research if it is temporary or permanent.

Keywords: Civil Procedure. Procedural fundamental rights. Protection of uncontroversial request.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	7
2	OS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	11
2.1	ASPECTOS HISTÓRICOS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	11
2.2	DIREITOS FUNDAMENTAIS PROCESSUAIS.....	14
2.2.1	Direito fundamental ao processo justo (devido processo legal)	14
2.2.2	Direito fundamental à duração razoável do processo	21
2.2.3	Direito fundamental à tutela adequada, efetiva e tempestiva	25
3	TUTELA DO PEDIDO INCONTROVERSO... ..	31
3.1	ANTECIPAÇÃO DA TUTELA.. ..	31
3.2	QUESTÕES CONTROVERTIDAS.....	33
3.2.1	Natureza do instituto	33
3.2.2	Da controvérsia ou incontrovérsia do pedido	42
3.2.3	Da cognição da decisão e da aptidão em formar coisa julgada.....	44
3.2.4	Recurso cabível.....	45
3.2.5	A execução da decisão	49
4	CONCLUSÃO	51
	REFERÊNCIAS	55

1 INTRODUÇÃO

A ciência jurídica é um campo de estudo sobremaneira interessante. Nele podemos ver e interagir com os mais diversos aspectos da vida humana, sendo, dessa forma, algo extremamente vivo, permeável e mutável.

A necessidade de organização interna das sociedades resultou na busca por regras, por padrões, que são expressa ou tacitamente aceitos pelos indivíduos de um determinado grupo. Essas regras, por sua vez, foram sendo aprimoradas e desenvolvidas de acordo com organização e a maneira de pensar daquela sociedade. Logo, o direito é fruto deste pensamento sobre como as coisas são, devem ser ou deveriam ser.

Sendo assim, é importante analisar que, uma vez que se diga, que se declare algo que é aceito pela sociedade, não basta apenas declarar, pelo menos não na sociedade atual – livre da ideia de punição divina ou de divino poder que dominou o pensamento de etnias por algumas gerações – são necessários meios através dos quais os particulares e o Estado possam buscar a concretização desses direitos. Tal fato fez então que se adotassem procedimentos para a adequada efetivação de direitos no plano material.

A parte da ciência jurídica que busca organizar maneiras para que haja a efetivação dos direitos, uma vez declarados e reconhecidos, costumamos chamar de direito processual. Tal parte trata de estabelecer procedimentos para que, uma vez que haja um litígio o Estado possa corresponder de maneira adequada e efetiva à necessidade de seus cidadãos.

Quando a matéria a ser analisada é de natureza civil (excluindo-se a matéria penal, eleitoral, militar e outras) chamamos de direito processual civil. Nesse ponto, cabe salientar que “a grande bifurcação entre processo civil e processo penal corresponde apenas a exigências pragmáticas relacionadas com o tipo de normas jurídico-substanciais a atuar”¹. Ou seja, apesar de adentrarmos apenas na seara do direito processual civil neste trabalho, é importante que se entenda que o processo é

1 CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 27ªed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011. p. 54.

um só. Contudo, devido à necessidade de especialização da matéria – e a sua consequente peculiaridade – ocorrem essas divisões para que possa o processo ter seu fim devidamente alcançado.

Em nossa sociedade, o direito processual civil é organizado através de normas que se encontram devidamente positivadas, aplicáveis a todos e disponíveis para averiguação de seu conteúdo para todos que queiram ter acesso a elas. Não obstante, também é possível constatar que ocorrem erros na elaboração de normas, podendo gerar intensos debates sobre o assunto. Ainda, verificamos que, porventura, algumas questões que não estão expressas provocam e moldam procedimentos, uma vez que são decorrentes de outra norma.

Nesse sentido, no caso específico do direito processual, observamos que temos alguns direitos estabelecidos constitucionalmente, chamados de direitos fundamentais processuais². Tais direitos constituem verdadeiros pilares sobre os quais todo o direito processual irá se fundamentar e constituem um norte para a elaboração de procedimentos. Falaremos sobre eles mais adiante, na primeira parte do trabalho.

O presente trabalho tem como objetivo discutir e apresentar o problema que gira em torno do art. 273, § 6º, do Código de Processo Civil, que trata da questão da tutela antecipada, mais especificamente falando, trata da questão da antecipação da tutela caso haja pedidos, ou parcela deles, que se mostrem incontroversos. Para fins de elucidação transcreve-se o artigo referido:

Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e:

I – haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou

II – fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

§ 6º A tutela antecipada também poderá ser concedida quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso.

2 Diversos autores vêm tratando deste tema a saber: Daniel Francisco Mitidiero, Fredie Didier Júnior, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, dentre outros tantos.

Muito se tem debatido sobre isso, havendo diversas opiniões a respeito desse assunto. Traremos para o presente trabalho os principais argumentos e problemas sobre esse instituto.

A importância de uma adequada compreensão sobre a matéria é inconteste, pois, dependendo da maneira como analisarmos, podemos estar diante de institutos diferentes que, por sua vez, trazem situações jurídicas distintas. Isso se deve ao fato de haver divergências sobre a própria natureza jurídica deste assunto no âmbito da doutrina.

Ademais, é importante salientar que este instituto surge com a finalidade de concretização de direitos fundamentais processuais. Portanto, para melhor compreendermos esse assunto, analisaremos o desdobramento dos direitos fundamentais processuais nesse instituto, uma vez que os direitos fundamentais servem para organizar procedimentos para a busca de melhor atingir sua finalidade. Além disso, examinaremos as controvérsias existentes, buscando, nos direitos fundamentais processuais, os argumentos para superá-las.

Portanto, este trabalho tem a finalidade de discutir a questão trazida (a problemática em torno do art. 273, § 6º do CPC) sob a luz dos direitos fundamentais processuais.

O presente trabalho terá como método a pesquisa bibliográfica, buscando autores que tenham tratado do assunto. Dessa forma, serão enfrentados os principais pontos a serem discutidos sobre o instituto.

Ainda, adotaremos o método dedutivo, partindo dos princípios constitucionais para o assunto trazido como tema, elaborando-o e discutindo-o com este fundamento. Ademais, devemos buscar, nesses mesmos princípios, a fundamentação necessária para superarmos as questões que apresentam divergências na doutrina, uma vez que esses princípios orientam a maneira de pensarmos o processo e a maneira como a legislação infraconstitucional será elaborada.

Na primeira parte do trabalho, teremos um estudo principiológico, na qual examinaremos os direitos fundamentais processuais com ênfase no direito fundamental ao processo justo, duração razoável do processo e direito à tutela adequada, efetiva e tempestiva.

Já na segunda parte, será discutido o problema apontado – a questão em torno da antecipação de tutela da parte incontroversa que se encontra devidamente positivada art. 273, § 6º do Código Processual Civil Brasileiro – relacionando o problema com os princípios fundamentais processuais que serão trabalhados. Além disso, examinaremos as principais questões envolvendo o instituto a saber: sua natureza, a própria questão da controvérsia, a possibilidade de formação de coisa julgada e o recurso cabível dessa decisão.

2 DIREITOS FUNDAMENTAIS

Nesta parte do trabalho, abordaremos alguns direitos fundamentais processuais, a saber: direito fundamental ao processo justo, direito fundamental à duração razoável do processo e direito a uma tutela adequada, efetiva e tempestiva. Todavia, antes de adentrarmos propriamente na seara dos direitos fundamentais processuais cabe fazer breves considerações a respeito dos próprios direitos fundamentais.

2.1 ASPECTOS HISTÓRICOS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Para a discussão de alguns institutos é importante entender melhor as circunstâncias nas quais foram elaborados. Dessa forma, uma abordagem histórica, muitas vezes, pode ajudar a elucidar os próprios institutos.

Nessa linha, em termos históricos podemos referenciar que, de certa maneira, as ideias sobre justiça, solidariedade dentre outras, sempre existiram. O que se observa em verdade é que, a partir do surgimento do Estado Democrático de Direito, podemos observar, mais nitidamente, o surgimento de ideias que começaram a dar o contorno dos chamados direitos fundamentais.

Se observarmos então a evolução histórica da humanidade e, conseqüentemente, a própria evolução da ciência jurídica, podemos delimitar o que a doutrina convencionou chamar de gerações de direitos fundamentais. Essas gerações não serão abordados minuciosamente no presente estudo.

Embora baste para o presente trabalho a análise a partir da Segunda Guerra Mundial, faz-se necessário frisar que muitos desses direitos já eram vislumbrados em alguns ordenamentos sob outros prismas e que toda a ideia sobre direitos fundamentais é em si uma construção longa, tendo levado bastante tempo até a forma como entendemos o assunto hoje.

Dito isso, podemos expor que, após a Segunda Grande Guerra, e com a conseqüente barbárie implementada pelo Nazismo, o mundo percebeu que a norma, única e exclusivamente considerada, não poderia ser “aplicada cegamente”, ou seja, muitas vezes, não basta apenas verificar o caso e aplicar a norma. Logo, a calamidade humana deflagrada pelo Nazismo levou os juristas da época a entender que isto apenas não bastaria, pois, cabe ressaltar, que, por mais incrível que possa parecer, o sistema legal alemão da época, permitiu e referendou tais atrocidades, pois Hitler tinha poderes para editar normas, visto que em 1933 o chamado “ato de habilitação” conferia ao gabinete do Führer esse poder. Tal fato pode ser chamado de a “legalização do mal”³.

Ora, após o fim da guerra, percebeu-se que o direito não poderia ficar à mercê única e exclusivamente da vontade de alguém, no caso de um Chefe de Estado. Dessa forma, um grande marco da questão foi o Tribunal de Nuremberg, visto que os juristas da época encontravam-se frente a um dilema, como punir pessoas que estavam meramente aplicando a lei de seu país. Tal fato, na época, gerou inúmeras controvérsias, inclusive sobre a questão do próprio tribunal em si, uma vez que muitas defenderam que se tratava de tribunal de exceção e que não haveria normas para punir acusados em virtude de estarem cumprindo as normas de seu país.⁴

Com o julgamento final e a conseqüente condenação dos acusados, pode-se dizer que “simbolizou, no âmbito jurídico, o surgimento de uma nova ordem mundial, onde a dignidade da pessoa humana foi reconhecida como valor suprapositivo, que está, portanto, acima da própria lei e do próprio Estado”⁵.

Após a Segunda Guerra Mundial, os juristas estavam frente a uma situação até então desconhecida e não trabalhada doutrinariamente, a saber: repensar o papel do jurista e do aplicador da lei tendo em vista os acontecimentos durante a guerra. Então, o que se observou foi a edição de normas com cunho de proteger o ser humano da maneira mais abrangente possível, muitas delas foram elaboradas em tratados internacionais e convenções sobre direitos humanos, dessa forma, foram, posteriormente, adentrando os mais diversos ordenamentos jurídicos.

3 MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2008. p. 3-4.

4 Ibidem. p. 6-9

5 Ibidem. p. 9.

Logo, isso mudou a maneira como se pensa a lei, que acaba por ceder espaço a valores e princípios, sem contudo, perder seu papel central, o que ocorre é que podemos dizer que princípios, valores serão tão fortes quanto qualquer norma. Ainda, dever-se-ia verificar a própria validade da norma através da análise sob a ótica desses princípios.

Em termos de direito processual civil, o que se pode observar, num primeiro momento, é o fato de diversos direitos terem adentrado os mais diversos ordenamentos jurídicos até que ocorreu a chamada segunda constitucionalização do processo através da qual o processo civil passou a ser entendido sob a ótica dos direitos fundamentais⁶. Cabe ressaltar, que na chamada primeira constitucionalização dos direitos fundamentais, eles eram entendidos como meras garantias.

Conceitualmente, poderíamos concluir, de acordo com George Marmelstein que:

[...] os direitos fundamentais são normas jurídicas, intimamente ligadas a idéia de dignidade da pessoa humana, e de limitação do poder, positivadas no plano constitucional de determinado Estado Democrático de Direito, que, por sua importância axiológica, fundamentam e legitimam todo o ordenamento jurídico.⁷

Dessa forma, o acima exposto mostra a importância e a relevância dos direitos fundamentais. É importante ressaltar que não cabe adentrarmos mais na seara dos direitos fundamentais em si, visto que no presente trabalho iremos nos ater em alguns direitos fundamentais processuais, entretanto, cumpre salientar a ideia de que os direitos fundamentais têm “força suficiente para afetar a interpretação de qualquer norma jurídica”⁸.

6 OLIVEIRA, Alvaro de; MITIDIERO, Daniel. **Curso de processo civil**: teoria geral do processo civil e parte geral do direito processual civil. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012.p.17

7 MARMELSTEIN, 2008. p. 20.

8 Ibidem. p. 21.

2.2 DIREITOS FUNDAMENTAIS PROCESSUAIS

Existem vários direitos fundamentais processuais, para o presente trabalho foram selecionados alguns deles, os quais entendemos terem vínculo mais direto com a tutela do pedido incontroverso. Seguem, considerações sobre os direitos selecionados.

2.2.1 Direito fundamental ao processo justo (devido processo legal)

O direito ao processo justo encontra-se positivado em nosso ordenamento jurídico na Constituição Federal, no art. 5º, inciso LIV que se transcreve para fins de elucidação: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

Antes mesmo de ser debatido aqui uma conceitualização adequada, cabe o exame, mesmo que sumário, da origem de tal princípio. Em termos doutrinários, parece haver convergência ao afirmarmos que tal princípio vem evoluindo no tempo e, em cada época, havia uma maneira de interpretá-lo. Ainda, depreende-se que tal princípio é oriundo do direito anglo-saxão⁹.

Pode-se traçar como origem do conceito a própria Carta Magna inglesa de 1215, que continha dispositivos que fazem remeter à ideia de devido processo ou de processo justo. Logo, este conceito vem sendo aprimorado ao longo da história da humanidade há quase 900 anos, tamanha sua importância e amplitude. Posteriormente, em 1798 pode-se encontrar na Constituição norte-americana – mais especificamente após as emendas V e XIV – a expressão *due process of law*, vocábulo com o qual a nossa constituição se confunde e traduz *ipsis litteris*.¹⁰

9 MITIDIERO, Daniel. Direito fundamental ao processo justo. **Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil**, Porto Alegre, n. 45, nov./dez. 2011. p. 23.

10 PORTANOVA, Rui. **Princípios do processo civil**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 145.

Nesse ponto, podemos referir que encontramos na doutrina uma divisão entre devido processo legal substancial e devido processo legal procedimental. Dessa forma, cabe citar o autor Humberto Ávila¹¹ que trata sobre essa divisão. Para o referido autor, utilizar o devido processo legal substancial como uma forma de fundamentar a proporcionalidade e a razoabilidade é equivocada, uma vez que já se obtém através dos princípios da liberdade e da igualdade aquilo que pretenderia o devido processo legal substancial normatizar no direito brasileiro o que não ocorre no direito norte-americano por exemplo. Além disso, seria redundante uma vez que a proporcionalidade e a razoabilidade se dão também em âmbito fora do processo. Quanto ao devido processo legal procedimental, embora seja contrário a essa divisão entre procedimental e substancial, entende que a expressão devido processo legal deve ser usada apenas no sentido procedimental, já que é desnecessária sua expressão como algo separado do princípio da razoabilidade e proporcionalidade. Ainda, frisa o autor que levado no sentido procedimental, tem por função rearticular diversos outros direitos já constitucionalmente previstos.

No Brasil, expressamente previsto no ordenamento pátrio só encontraremos na Constituição Federal de 1988, todavia, isso não aponta no sentido de que tal princípio não se encontrava em nosso ordenamento. A Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, previa esse princípio de forma expressa, logo, como o Brasil aderiu a esta declaração este princípio já fazia parte do ordenamento jurídico brasileiro. Além disso, o Pacto de São José da Costa Rica (1969) – ao qual o Brasil também aderiu – também previa este princípio. Dessa forma, embora não tenha sido expresso pelo legislador pátrio, este princípio já se encontrava em nosso ordenamento jurídico.

Quanto à fórmula adotada pela nossa Constituição ao fazer referência ao devido processo legal, que praticamente traduziu *ipsis litteris* o dispositivo anglo-saxão do *due process of law*, cabe frisar que podemos criticar esta fórmula e entender que ocorreu um equívoco do legislador. Neste sentido, Sarlet, Mariononi e Mitidiero¹² criticam essa tradução literal em pelo menos dois aspectos: o fato de

11 ÁVILA, Humberto Bergmann. O que é “devido processo legal”? **Revista de Processo**, São Paulo, ano 33, v. 163, p. 50-59, set./2008.

12 SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.p. 616-617.

remeter a uma ideia em que o processo é visto como um anteparo ao arbítrio estatal, questão hoje superada pelo que chamamos de Estado de Direito e também pelo fato de que se procure “uma dimensão substancial à previsão”, quando em verdade não seria necessário, no direito processual civil brasileiro, pensá-lo além da sua dimensão processual civil.

Passada esta fase explicativa sobre as origens do direito ao processo justo, cabe adentrar mais propriamente na questão do conceito deste princípio, o qual, se verificará ser amplo e, indubitavelmente, um dos pilares do próprio Estado Democrático de Direito.

Ao estudarmos esse princípio, pode ocorrer uma confusão entre ele e o princípio da legalidade. Entretanto, cabe ressaltar que isso seria um erro. De acordo com Rui Portanova, o “princípio do devido processo legal não pode ser visto sob uma ótica restrita”¹³, pois, isso levaria ao entendimento errôneo de que seria igual ao princípio da legalidade e para entendermos melhor seu significado é necessário ir além. Nesse mesmo sentido, Sérgio Mattos¹⁴ complementa “se o processo legal fosse apenas o *processo da lei*, qualquer procedimento poderia ser qualificado como devido processo legal”.

Além disso, para Sérgio Mattos¹⁵ o “direito fundamental a um processo justo compreende, portanto, o direito a um processo legal, porém informado por direitos fundamentais, especialmente direitos fundamentais processuais”. Mais do que isso, o autor defende que “não compreende pensar o direito fundamental ao procedimento legal, ordenado ou regular, mas, além disso, o direito fundamental a um processo justo ou adequado”. Ou seja, a dimensão do processo justo vai além da mera organização de procedimentos legais.

Portanto, fica claro que o direito ao processo justo e o princípio da legalidade não se confundem, complementando-se de certa maneira, uma vez que não há como qualificar como justo um processo não estabelecido por lei. Todavia, a dimensão do direito ao processo justo ultrapassa o princípio da legalidade. Ademais o próprio autor define que:

13 PORTANOVA, 2013. p. 145.

14 MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. **Devido processo legal e proteção de direitos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 193.

15 Ibidem. p. 194.

O direito fundamental ao devido processo legal pode cumprir a função de desconsiderar procedimentos inúteis ou desnecessários. Paradoxalmente, o próprio devido processo legal pode exigir a inobservância do procedimento regulado por lei.¹⁶

Portanto, o que porventura nos levaria a confundi-lo com o princípio da legalidade, é o fato de o princípio do devido processo legal, de certa maneira, orientar a própria lei e o fato de que, em um Estado Democrático de Direito, também não podemos falar em processo justo quando inexistente observância da lei.

Todavia, embora estejam, de certa feita estejam ligados, são distintos, sendo que o princípio da legalidade não contém em si o princípio do devido processo legal, o que pode ser evidenciado ao observarmos que pode ocorrer uma situação na qual, para cumprir o princípio do devido processo legal, tenhamos que desconsiderar algo que foi estabelecido pela própria lei. Ademais, em alguns casos, há de se falar até mesmo em estabelecer procedimentos para respeitá-lo que não se encontram igualmente estabelecidos normativamente.

Além disso, o mesmo autor refere ainda que:

Segundo a denominada teoria substantiva, o direito fundamental do devido processo legal não compreende apenas do direito fundamental ao procedimento legal, ordenado ou irregular, mas, além disso, o direito fundamental a um processo justo ou adequado, sem a observância do qual logicamente, ninguém deve ser privado da liberdade ou de seus bens.¹⁷

Estabelecida a linha que separa o princípio do devido processo legal do princípio da legalidade, é interessante frisar a existência da necessidade de ponderação até mesmo entre princípios. Nesse sentido, podemos dizer que o mero direito ao processo justo não permite um julgamento meramente principiológico, pois, contraditoriamente, isso não seria justo, pois o direito ao processo justo pressupõe intrinsecamente também a própria aplicação adequada do direito já positivado.¹⁸

16 MATTOS, 2009. p. 196.

17 Ibidem. p. 194.

18 THEODORO JR., Humberto. **Curso de direito processual civil**: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. Rio de Janeiro: Forense, 2012. v. 1.p. 27.

Superada esta fase preliminar de diferenciação entre o processo justo e a legalidade, cabe adentrar propriamente na conceituação do direito fundamental ao processo justo.

O direito fundamental ao processo justo tem natureza processual, e “impõe deveres organizacionais ao Estado na sua função legislativa, judiciária e executiva”¹⁹. Ou seja, uma vez que impõe deveres ao Estado, ele deve se organizar de maneira que respeite o direito ao processo justo, em todas as suas funções. Dessa forma, devemos entender que cabe ao Estado, organizar o aparelho burocrático para que possa atender de maneira mais eficiente este princípio (e os princípios que deste se extraem), o que implica uma série de situações como, por exemplo, ter um quadro funcional suficiente e adequado.

O direito a um processo justo constitui, ainda, um verdadeiro princípio e, como tal, faz-se necessário frisar que tem influência não só sobre a forma como o Estado organizará o processo e o procedimento, mas também, sobre a própria resolução dos processos, uma vez que pode suprir lacunas legais, aperfeiçoá-las ou ainda afastar a vigência de normas no caso concreto²⁰. Dessa forma, cabe também ressaltar que, caso o juiz entenda que um dispositivo legal poderia ferir princípio, pode-se invocá-lo como critério para afastar esse dispositivo. Nesse ínterim, cabe frisar as palavras de Humberto Theodoro Jr.:

O processo justo recorre aos princípios constitucionais não para afastar as regras legais mas para otimizá-las em sua concretização judicial. Somente quando, à luz de um juízo de razoabilidade e de uma análise de proporcionalidade dos vários princípios traçados pela Constituição, uma lei for considerada como inválida por insuperável contradição com a Lei fundamental, é que ao juiz será lícito recusar-lhe aplicação, para decidir quando prevalência aos princípios constitucionais sobre os dispositivos inválidos da lei ordinária. Aí, sim, terá atuado o devido processo legal em sentido substancial, para afastar o abuso normativo cometido pelo legislador, ao instituir regra violadora dos próprios limites de sua atribuição constitucional. O princípio constitucional do devido processo legal, por si só, não se presta a autorizar o julgamento puramente principiológico, se a lei recusada pelo juiz não se apresentar como desrazoável ou desproporcional dentro dos limites da competência política do legislador.²¹

19 SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2012. p. 617.

20 THEODORO JR., Humberto. O processo justo e as tutelas jurisdicionais proporcionáveis aos direitos substanciais em crise. **Revista Dialética de Direito Processual**, São Paulo, n. 123, jun. 2013. p. 49.

21 THEODORO JR., 2012. p. 31.

Em termos legislativos, cabe frisar que o legislador infraconstitucional deve pautar-se por tal direito, vislumbrando-o como referência, como centro, a partir do qual toda a legislação infraconstitucional irá se desdobrar. Portanto, o legislador deve buscar respeitá-lo, uma vez que a legislação infraconstitucional será o meio através do qual se estabeleceram as formas para se chegar a um processo justo. Dessa forma, evidente sua importância, pois norteará toda e qualquer legislação infraconstitucional feita.

Além disso, cumpre recordar que tal princípio obriga não apenas o juiz a observá-lo mas também obriga o administrador judiciário a estruturar adequadamente o judiciário para que ele possa cumprir acertadamente sua função.²²

Uma vez visto que tal princípio obriga o Estado (seja aqui na figura do judiciário, do executivo ou do legislativo), cabe frisar que os seus titulares são todas as pessoas – tanto físicas quanto jurídicas – basta capacidade processual.

Adentrando mais profundamente, tal princípio pode ser entendido como “o pai” dos demais direitos fundamentais processuais, sendo que, alguns outros, surgem de uma interpretação dedutiva do mesmo. Neste mesmo sentido, de acordo com Daniel Mitidiero²³ podemos ver que o direito ao processo justo é um direito compósito no qual estão inseridos vários outros direitos que compõe o que podemos nominar do seu perfil mínimo, que contém dentre outros o direito ao acesso à justiça, à imparcialidade do juiz, o contraditório e a ampla defesa.

Cândido Dinamarco²⁴ aproxima-se de Mitidiero ao afirmar que esse direito tem o significado de “fechar o círculo das garantias e exigências constitucionais relativas ao processo mediante uma fórmula sintética destinada a afirmar a indispensabilidade de todas e reafirmar a autoridade de cada uma”. Ainda, o mesmo autor entende se tratar de “norma de encerramento portadora de outras exigências não tipificadas em fórmulas mas igualmente associadas à idéia democrática que deve prevalecer na ordem processual”.

22 SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2012. p. 621.

23 MITIDIERO, 2011. p. 30.

24 DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. v. 1. p. 250.

Mais que isso, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira e Daniel Mitidiero²⁵ explicitam, em obra conjunta, que “trata-se de uma norma que concomitantemente principia e enfeixa a disciplina do processo jurisdicional brasileiro”, ou seja, contém em si mesma, uma ideia, um princípio, que traduz a maneira como entendemos hoje o próprio direito processual. Sendo assim, ela “principia, porque dela poderíamos extrair todas as demais; enfeixa, porquanto propicia abertura a outras normas que eventualmente se façam necessárias para adequar, em concreto, o processo justo brasileiro.”

Mais que isso, o direito ao processo justo constitui uma forma de se assegurar e realizar os direitos traduzidos nos princípios da legalidade, liberdade e igualdade.²⁶ Pois, o direito ao processo justo condiz, de certa forma, com a própria maneira de pensarmos o processo na atualidade e a forma como entendemos o que poderíamos chamar de justiça. Ainda, por ser uma fórmula genérica, seu significado pode ser alterado, aprimorado e amplificado de acordo com o passar do tempo e, conseqüentemente, com mudança de entendimento sobre o assunto.

Portanto, consoante afirmado anteriormente, de todos os direitos processuais, o direito ao processo justo é o mais amplo de todos, uma vez que contém em si mesmo os outros direitos. Logo, para melhor entendê-lo é necessário ter em mente que compreende outras garantias com as quais não se confunde, uma vez que não é ele que é, por exemplo, o direito ao contraditório, e sim, o direito ao contraditório, faz parte integrante do que o direito fundamental ao processo justo preconiza. Portanto, da mesma maneira que não devemos entendê-lo de forma restrita para não confundi-lo com o princípio da legalidade, não devemos também, entendê-lo de maneira restrita em si mesmo, uma vez que contém diversos outros princípios, alguns dos quais, devido a sua utilidade para a discussão que pretende o presente trabalho serão trabalhados em seqüência.

25 OLIVEIRA; MITIDIERO, 2012. p. 27.

26 THEODORO JR., 2012. p.29

2.2.2 Direito fundamental à duração razoável do processo

Seguindo na esteira dos direitos fundamentais processuais, outro direito fundamental que é essencial ser debatido para o presente estudo é o direito fundamental processual à duração razoável do processo. Tal direito encontra-se positivado em nosso sistema no art. 5º, inciso LXXVIII da Constituição Federal de 1988, dispositivo esse, que para melhor trabalhá-lo posteriormente, transcreve-se:

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 seguintes termos:

[...]

LXXVIII – a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

Primeiramente, cabe elucidar que tal inciso não se encontrava expresso na Constituição até 2004, ano em que, com a Emenda Constitucional nº 45, adentrou o sistema normativo brasileiro. Todavia, cabe ressaltar que o simples fato de ele não estar expresso no ordenamento jurídico brasileiro, não quer dizer que a ideia não existia antes de 2004. Muito pelo contrário, ele já existia como princípio derivado do “devido processo legal” e também devido ao pacto de São José da Costa Rica, que pelo Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992 entrou no ordenamento jurídico pátrio por força do § 2º do art.5º da Constituição Federal, contendo dispositivo sobre o tema.²⁷

Nesse mesmo sentido, Humberto Theodoro Jr.²⁸ relaciona esse direito fundamental processual com o direito fundamental a um processo justo ao afirmar que “há um consenso, formado em antiga e sólida doutrina, de que não se pode entender pro devido processo (ou justo processo) aquele que não se empenha numa rápida e econômica solução do litígio deduzido em juízo”. Portanto, é visível que este princípio encontra-se derivado do próprio princípio ao processo justo, uma vez que não se pode conceber um processo como justo se tal processo for por demasia

²⁷ CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2011. p. 91.

²⁸ THEODORO JR., Humberto. Direito fundamental à duração razoável do processo. **Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil**, Porto Alegre, v. 1, jul./ago. 2004. p. 84.

longo, inutilizando, ou praticamente dilapidando a sua efetividade final. Neste sentido, este princípio traz à tona o “sentimento comum das pessoas no sentido de que justiça lenta é justiça negada”.²⁹

A respeito desse princípio, diversos autores têm debatido o tema sob os mais variados ângulos, todavia, parece ser consenso o fato de existir uma demora excessiva no sistema jurídico brasileiro sobretudo em se falando dos processos judiciais. Entretanto, apesar de aparentemente as discussões sobre o tema terem convergido mais especificamente sobre os processos judiciais, é importante explicar que o princípio da duração razoável do processo também incide sobre os processos administrativos.

Inicialmente, cabe frisar que a demora excessiva do processo é extremamente prejudicial às partes, gerando, não raras vezes, prejuízos econômicos, angústia, insegurança e, infelizmente, descrédito com as instituições públicas, principalmente o judiciário. Tal fato, vai de encontro aos anseios sociais, visto que vivemos em uma sociedade que cada vez mais acelera seu modo de produção.

Além disso, este princípio busca, da mesma maneira que outros, orientar o Estado para que se organize para prestar a jurisdição em um prazo adequado, isto é, organizar o seu aparato burocrático administrativo da melhor forma possível para que o tempo de duração seja razoável. Ainda, impõe ao legislador que crie meios adequados para que possa se chegar a uma solução dentro do menor prazo possível. Por fim, estabelece que o próprio juiz deve atuar de maneira a respeitar este princípio.³⁰

Para Luiz Guilherme Marinoni³¹, os destinatários do direito à duração razoável do processo são o legislador, o juiz e o executivo. Ao legislador, incube: “editar normas a fim de regular a prática dos atos processuais em prazo razoável”, “editar normas para viabilizar a distribuição do ônus do tempo processual conforme as circunstâncias do caso concreto”, “dar às partes meios de controle das decisões judiciais que violem as normas processuais destinadas a dar proteção ao direito

29 SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2012. p. 678.

30 Ibidem. p. 678

31 MARINONI, Luiz Guilherme. Direito fundamental à duração razoável do processo. **Revista Interesse público**, Belo Horizonte, ano 10, n. 51, set./out. 2008.

fundamental à duração razoável”, dar “formas de controle das decisões que [...] neguem diretamente o direito fundamental à duração razoável” por fim cabe ainda ao legislador proporcionar maneiras de os lesados pela violação da duração razoável do processo serem ressarcidos. Ao juiz cabe “combater os atos judiciais que dilatam o processo de forma não razoável”. Quanto ao executivo, incumbe o que chama de “dever de dotação”, uma “prestação de caráter econômico” uma vez que é imperioso para mais celeridade processual que tenhamos um judiciário adequadamente estruturado tanto em questões de competência, quanto em questões de quadro funcional.

Ainda, interessante aqui observarmos que, consoante Ingo Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero que:

[...] o que a constituição determina é a eliminação do *tempo patológico* – a desproporcionalidade entre duração do processo e a complexidade do debate da causa que nele tem lugar. Neste sentido, a expressão processo *sem dilações indevidas*, utilizada pela Constituição espanhola (art. 24, segunda parte), é assaz expressiva.³²

Logo, também é importante frisar que se encontram na doutrina autores que se referem ao direito fundamental à duração razoável do processo como um direito a um processo sem dilações indevidas. Isto é, um processo no qual não haja dilações de tempo desnecessárias ao deslinde da causa.

Além disso, cabe frisar que não é princípio autônomo e que deva ser realizado desrespeitando-se outros princípios, ele deve sim ser conjugado e ponderado com outros princípios. Pois, exemplificativamente, caso se pense que o direito a um processo de duração razoável é um direito a um processo rápido, única e exclusivamente, estaríamos incorrendo em erro, e, provavelmente, outros princípios, tão importantes quanto este estariam sendo relegados a um patamar inferior, o que não se verifica. Dessa maneira, pode até mesmo o legislador estabelecer um procedimento que seja mais rápido que os demais, devido à urgência, ou à natureza da causa, todavia, deve também ponderar isso com outros princípios como a segurança jurídica e o contraditório por exemplo.

32 SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2012. p. 679.

Consoante exposto anteriormente, este princípio é cláusula aberta, logo, a verificação do seu cumprimento terá que ser vista no caso concreto, pois deve-se analisar a duração, frente a complexidade da causa levada ao juízo. Neste sentido “a duração razoável do processo deve ser aquilatada à luz da complexidade da causa, do comportamento do autor durante o procedimento e do comportamento das autoridades judiciária, administrativa e legislativa”.³³ Portanto, apesar de o tempo ser uma grandeza mensurável em critérios concretos, não podemos definir a priori qual é a duração razoável do processo.

Quanto às causas de demora excessiva, há inúmeras, e conforme Humberto Theodoro Jr.³⁴, não são difíceis de serem detectadas, podem ser oriundas de “conduta maliciosa da parte, ou pela desídia das autoridades responsáveis pela marcha do feito, ou, ainda, pela burocracia inconveniente derivada de procedimentos e incidentes racionalmente injustificáveis e, não obstante, conservados pelo direito positivo”.

Todavia, os fatos elencados por Humberto Theodoro Jr. não são os únicos responsáveis pela demora excessiva dos processos. Podemos apontar as chamadas etapas mortas do processo como causa primária da demora, etapas de tramitação cartorária que, não raras vezes levam tempo em demasia, para simples conferências, carimbadas e trocas de prateleiras.³⁵

Quanto à questão da observância do princípio da duração razoável do processo como fundamento para negar recursos meramente protelatórios e legitimar procedimentos que atendam a esse direito, cabe ressaltar que já se observa jurisprudência nos tribunais Superiores reconhecendo a esse respeito. Nesse sentido, cabe observarmos a seguinte decisão:

Vistos. [...] decido o recurso não merece prosperar. É que a Emenda Constitucional nº 45, de 2004, consagrou expressamente os princípios da razoável duração do processo e da celeridade processual (art. 5º, LXXVIII) como garantias fundamentais. Neste sentido, tornaram-se ilegítimos quaisquer normas ou atos processuais que importem em obstáculo injustificável ao bom andamento do processo no tempo. Tais princípios, alçados à condição de garantias fundamentais, reforçam a norma constante do art.515, § 3º, do Código de Processo Civil, que admite decisão, desde logo, da lide, pelo Tribunal, na hipótese de, tendo havido extinção do

33 OLIVEIRA; MITIDIERO, 2012. p. 53.

34 THEODORO JR., 2004. p. 85

35 OLIVEIRA; MITIDIERO, op. cit.

processo sem julgamento, a causa versar questão exclusivamente de direito e estar em condições de imediato julgamento [...] é o que se conhece por princípio da causa madura. É dizer: ao passar à análise de mérito do processo, considerando satisfeitos os requisitos para tanto, o Tribunal nada mais fez que atender aos princípios fundamentais da razoável duração do processo e da celeridade processual (art.5º,LXXVIII). Do exposto, nego seguimento ao recurso (art. 557, caput, do CPC).³⁶

Ademais, conforme já exposto, o Estado tem o dever de se organizar de maneira a melhor atender o princípio da duração razoável do processo, logo, seria razoável entender que, caso não consiga realizar isso, o Estado tem responsabilidade por esse fato. No Brasil, não há norma regulamentadora sobre isso, todavia, isso não implica na impossibilidade de indenização, em virtude de a duração razoável do processo ter eficácia plena. Portanto, cabe indenização por danos morais e materiais sofridos, seja em processos judiciais, seja em processos administrativos.³⁷

Este fato, já vem sendo reconhecido de maneira mais contundente em outros ordenamentos, nessa linha o Tribunal Europeu de Direitos Humanos merece destaque. Este tribunal, estabeleceu alguns critérios para definir se a duração do processo foi razoável a saber: complexidade da causa, comportamento das partes e comportamento do juiz. Dessa maneira, como não há no ordenamento jurídico brasileiro uma previsão como essa, esses critérios poderiam ser aplicados à realidade brasileira conforme sustentam Ingo Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero³⁸

2.2.3 Direito fundamental à tutela adequada, efetiva e tempestiva

O direito fundamental à tutela adequada e efetiva encontra-se positivado no nosso ordenamento através do artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal, esse dispositivo estabelece que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário

36 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 321.292/SP, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ de 31-8-2005, p. 78.

37 KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino. As consequências da inclusão do princípio da razoável duração do processo na Constituição Federal de 1988. **Revista Dialética de Direito Processual**, São Paulo, n. 73, ano 2009, p.62.

38 SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2012. p. 680.

lesão ou ameaça a direito”.

Neste tópico, a ideia geral é que, admitindo-se que exista um direito que está declarado em uma norma legal, caso tal direito seja violado ou esteja em ameaça, deve haver meios adequados para que o fim, que é a realização e salvaguarda deste direito, possa ser realizado. Portanto, há algumas dimensões desse direito que serão brevemente trabalhadas, cabe enfatizar aqui que o direito é a tutela *adequada, efetiva e tempestiva*. Esse fato permite que analisemos a situação sob ao menos três perspectivas: acesso à justiça, adequação e efetividade.³⁹

Quanto à questão do acesso à justiça, cabe enfatizar que, no direito brasileiro “a tutela jurisdicional é a mais ampla possível”. Em termos práticos podemos dizer que em termos de amplitude, a única questão que não há tutela jurisdicional possível é a revisão do mérito de punições disciplinares militares, já em termos temporais o que temos é que as partes não precisam, previa ou posteriormente, submeter-se a alguma outra instância que não ao próprio judiciário.⁴⁰

Já a adequação pode ser entendida em duas vias: do procedimento e da tutela. No aspecto de adequação do procedimento cabe aqui citar Didier Jr.⁴¹. Inicialmente, para ele existe uma divisão entre o que seria, adequação e o que seria adaptabilidade, divisão essa, que consoante o próprio autor, muitos autores não fazem⁴². Todavia, o autor entende que há, sim, esta divisão devida, sobretudo, ao momento no qual uma ou outra se emprega. Frisa, ainda ser “o princípio da adequação do procedimento, que nada mais é do que um subproduto do princípio da adequação da tutela jurisdicional”⁴³.

Quanto à questão da adequação do procedimento, para Didier Jr.⁴⁴, constitui etapa pré-jurídica, em que tem o princípio, função de antes de mais nada, orientar, informar o legislador, de maneira que possa então o legislador produzir textos normativos que primem pela melhor técnica. Portanto, a adequação está em um plano “abstrato e prévio”. Ainda, nesse momento incumbe ao legislador observar os

39 SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2012. p. 628

40 Ibidem. p. 629.

41 DIDIER JR., Fredie. Sobre dois importantes, e esquecidos, princípios do processo: adequação e adaptabilidade do procedimento. **Genesis**: Revista de Direito Processual Civil, Curitiba, ano 1, 1996. p. 533.

42 Ibidem.

43 Ibidem. p. 533

44 Ibidem. p. 532.

diversos elementos para aí então exercer a função legislativa.

De acordo com Didier Jr.⁴⁵, o legislador deve observar três aspectos: subjetivo – que se dá em função dos litigantes; objetivo, em que o legislador deve valer-se de tal princípio para editar normas levando em consideração diversos aspectos, como a natureza do direito material por exemplo; teleológico, em que se adapta de acordo com a função que almeja. Logo, para que se possa adequar o procedimento à tutela jurisdicional é necessário que o legislador leve esses fatores em consideração.

Quanto à questão da adaptabilidade, o autor menciona que isso se dá no momento processual, onde o juiz, com as ferramentas processuais de que dispõe, deve adaptar o procedimento de acordo com as peculiaridades da causa. Neste sentido, diz “nada impede, entretanto, antes aconselha, que se possa previamente conferir ao magistrado, como direito do processo, poderes para conformar o procedimento às peculiaridades do caso concreto, tudo como meio de melhor tutelar o direito material.”⁴⁶ Cabe frisar, neste ponto que as técnicas que caberiam ao magistrado para exercer a adaptabilidade do procedimento são técnicas previstas pelo legislador.

Portanto, resumidamente falando em adequação e adaptabilidade do procedimento, podemos extrair algumas conclusões. Quanto a questão da adequação, o legislador deve prever formas de tutelas que sejam adequadas ao direito material discutido em juízo. No aspecto da adaptabilidade, o juiz deve, de acordo com as particularidades de cada caso, adaptar o procedimento.

No aspecto da adequação da tutela, esta “revela a necessidade de análise do direito material posto em causa para, a partir daí, estruturar-se um processo dotado de técnicas processuais aderentes à situação levada em juízo”⁴⁷. Quer dizer, a adequação é a adequação da tutela ao direito material discutido em juízo. Nesse mesmo sentido, “o processo tem de ser capaz de promover a realização do direito material”⁴⁸. Portanto, não adianta termos uma tutela que não diga respeito ao direito discutido ou que, não seja adequada a ele, pois, caso necessitemos, por exemplo, da tutela específica da obrigação de fazer, uma sentença condenatória nos moldes

45 DIDIER JR. 1996. p. 533.

46 Ibidem. p. 535.

47 SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2012. p.630.

48 Ibidem.

tradicionais não iria satisfazer tal necessidade.

No plano da efetividade da tutela, cumpre ressaltar que a efetividade encontra-se diretamente vinculada ao direito material, intrinsecamente vinculada ao fim do processo. Dessa maneira, não basta que haja meios adequados para que se alcance o resultado desejado no processo, se esse resultado não puder ser colocado em prática. Logo, necessário também que hajam meios de execução da tutela de maneira adequada.⁴⁹ Nesse sentido, Cassio Scarpinella Bueno expõe:

A efetividade do processo nos conduz à idéia de que o sistema de proteção dos direitos seja desenhado – ou, o que me parece mais correto de ser dito, *redesenhado* – à luz do direito material ou, quando menos, pela ótica da natureza dos resultados jurídico-materiais oferecidos.⁵⁰

Além disso, para termos uma adequada compreensão sobre este termo, é interessante examinarmos as palavras de José Carlos Barbosa Moreira:

a) o processo deve dispor de instrumentos de tutela adequados, na medida do possível, a todos os direitos (e outras posições jurídicas de vantagem) contemplados no ordenamento, quer resultem de expressa previsão normativa, quer se possam inferir do sistema; b) esses instrumentos devem ser praticamente utilizáveis, ao menos em princípio, sejam quais forem os supostos titulares dos direitos (e das outras posições jurídicas de vantagem) de cuja preservação ou reintegração se cogita, inclusive quando indeterminado ou indeterminável o círculo dos eventuais sujeitos; c) impende assegurar condições propícias à exata e completa reconstituição dos fatos relevantes, a fim de que o convencimento do julgador corresponda, tanto quanto puder, à realidade; d) em toda a extensão da possibilidade prática, o resultado do processo há de ser tal que assegure à parte vitoriosa o gozo pleno da específica utilidade a que faz jus segundo o ordenamento; e) cumpre que se possa atingir semelhante resultado com o mínimo dispêndio de tempo e energias.⁵¹

Portanto, a questão do direito a tutela adequada, efetiva e tempestiva possui várias facetas, assim como o próprio processo e como o direito material. Logo, como vivemos em um Estado Constitucional, é importante que frisemos: não basta termos os direitos apenas declarados em lei, em verdade, necessitamos, caso haja lesão ou até mesmo ameaça de lesão a direito, de ferramentas adequadas para que busquemos a tutela de nossos direitos. Para isso, é necessário, então, que haja

49 SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2012.

50 BUENO, Cassio Scarpinella. **Tutela antecipada**. 2. ed. rev. atual. e ampl. De acordo com a Emenda Constitucional n.45/2004 e com as Leis n. 11.187/2005, 11.232/2005, 11.276/2005, 11.277/2006, 11.280/2006 e 11.382/2006. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 11.(grifado no original)

51 MOREIRA, José Carlos Barbosa. Efetividade do processo e técnica processual. **Revista da AJURIS**, Porto Alegre. v. 22, n. 64, jul.1995. p.149-161.

procedimentos adequados para a situação que será levada ao judiciário, uma vez que, não podemos e não devemos presumir que todo e qualquer processo deve ser igual, o que necessitamos é que adaptemos os procedimentos de maneira que possamos ter a satisfação de nosso direito da melhor forma e isso implica uma séria de medidas como um procedimento diferenciado para questões urgentes por exemplo.

Ainda, vislumbramos aqui também um desdobramento do próprio princípio do processo justo, nessa linha cabe ressaltar as palavras de Sérgio Mattos⁵²:

Além disso, o direito fundamental ao devido processo legal compreende o direito a um procedimento adequado ao direito material e às peculiaridades do caso concreto. [...] neste contexto, o devido processo legal não se compeza com um rito ou tipo de procedimento específico e exclusivo.

Ou seja, não se pode conceber, que para a resolução de todos os conflitos – que possuem as mais inúmeras variáveis como por exemplo, natureza, partes, causa de pedir – bastasse a previsão de um único procedimento. Isso parece evidente ao pensarmos, por exemplo, que não pode uma pessoa que necessita de uma cautelar, esperar o desenrolar de todo o processo via rito ordinário caso esse fosse o único existente.

Vislumbrados os aspectos do direito a uma tutela adequada, efetiva e tempestiva, podemos relacionar o art. 273, § 6º do CPC diretamente com este princípio. Pois, uma vez que este princípio busca, tutelar adequadamente o direito material discutido, o instituto do art. 273, §6º do CPC é um claro desdobramento dele, em virtude de tutelar algo que é incontroverso no âmbito do processo, ou seja, que a parte que tem razão possa usufruir desse direito o quanto antes de maneira definitiva. Logo, de acordo com a peculiaridade da situação, foi pensado o art. 273, § 6º para melhor tutelar esta situação. Ademais, parece evidente que se tratando de efetividade, este instituto possibilita a realização desse aspecto, pois, condizente com o que diz José Carlos Barbosa Moreira⁵³ sobre isso, principalmente em possibilitar que a parte usufrua do direito a que faz jus dentro do menor tempo possível e com o menor dispêndio de energia.

52 MATTOS, 2009. p. 199.

53 MOREIRA, 2009.

Mais que isso, Daniel Mitidiero expõe que o instituto da tutela do pedido incontroversa “deve ser compreendido com uma técnica processual que possibilita o julgamento definitivo da parcela incontroversa da demanda por força da eficácia irradiante do direito fundamental a um processo sem dilações indevidas”⁵⁴. Ou seja, é visível que também pode ser pensado de acordo com o direito fundamental à duração razoável do processo.

54 MITIDIERO, Daniel. **Processo Civil e estado constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 54

3 TUTELA DO PEDIDO INCONTROVERSO

Nesta parte do trabalho, abordaremos as principais discussões a respeito da tutela do pedido incontroverso, relacionando estes aspectos com os direitos fundamentais processuais trabalhados na primeira parte desta monografia, para assim, podermos chegar a uma conclusão sobre os principais caminhos a serem trilhados para a superação das questões que ainda merecem maior esclarecimento.

3.1 ANTECIPAÇÃO DA TUTELA

No âmbito da ciência jurídica, em especial em algumas áreas, seguidamente nos deparamos com expressões como tutela de urgência, tutela antecipada e tutela de direitos. Todavia, nem sempre seu significado é claro o bastante para que possamos de fato entender o que esta expressão significa. Tutelar significar guardar, proteger, ou seja, proteger os direitos, resguardá-los e como é o Estado que possibilita isso, significa que será dada tutela dos direitos de alguém pelo Estado.⁵⁵

Dessa maneira, “a partir da tutela prometida pelo direito material é que vai se estruturar todo o formalismo processual, e, bem assim, a escolha dos meios processuais que irão viabilizá-lo”⁵⁶. Essa lição, remete a exatamente o que foi exposto e que, apesar de a classificação da tutela em diversos tipos, o que se tem é o Estado tentando prestar a jurisdição da melhor forma à situação concreta e para isso estrutura procedimentos, organiza-se organicamente e busca de melhor forma, atender a demanda. Portanto, é de fácil dedução aqui o desdobramento dos direitos fundamentais processuais tratados anteriormente.

Neste ponto, cumpre salientar que, em virtude do instituto da tutela do pedido incontroverso estar positivado no Código de Processo Civil justamente na parte em que é abordada a antecipação da tutela, é importante que examinemos a antecipação da tutela, ainda que sumariamente. Portanto, cumpre lembrar o art.

55 ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação de tutela**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

56 OLIVEIRA; MITIDIERO, 2012. p. 131.

273 do CPC que se transcreve novamente:

Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e:

I – haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou

II– fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

A antecipação da tutela é uma técnica através da qual se redistribui o ônus do tempo no processo.⁵⁷ Para sua concessão, é necessário que haja “fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação ou fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu”. Além disso, é necessário verossimilhança do direito que se pretende antecipar.⁵⁸

Nesse sentido Daniel Mtidiero expõe:

A antecipação da tutela pode proteger a parte diante de um *perigo na demora* da prestação da tutela jurisdicional – e aí será fundada na *urgência* – ou diante do *abuso do direito de defesa* – fundando-se aí na maior *evidência* do direito postulado em juízo. Diante da urgência, a técnica antecipatória pode viabilizar a *conservação* do direito alegado em juízo. Em face da evidência, a técnica antecipatória permite a *fruição imediata* do direito alegado em juízo. Num e noutro caso, contudo, o *denominador comum* que outorga unidade sistemática à técnica antecipatória é o *equacionamento isonômico do peso que o tempo* representa na vida dos litigantes mediante o seu emprego.⁵⁹

Além disso, essa técnica é fundada em cognição sumária, pois é fundamentada no juízo de verossimilhança. Nesse sentido, “o juiz quando concede a tutela sumária, nada declara, limitando-se a afirmar a probabilidade da existência do direito”⁶⁰. Ainda, por ser fundada em cognição sumária, não está apta à formação da coisa julgada. Outra característica importante é o fato de ser precária, isto é, pode ser revogada ou modificada a qualquer tempo.

57 DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paulo Sarna; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil, (teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela)**. 6. ed. Salvador: JusPODIVM, 2011. p. 468.

58 Ibidem, p. 471

59 MITIDIERO, Daniel. **Antecipação da tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória**. 2. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Revista do Tribunais, 2014. p. 131.

60 MARINONI, 2008. p.33.

Mais que isso, de acordo com o próprio Didier Jr.⁶¹, a antecipação de tutela enquadra-se especificamente nas hipóteses de adaptabilidade do procedimento que, como vimos, permite ao juiz, em contato com a causa, melhor adequar o procedimento de acordo com a natureza da causa, dos pedidos e das partes.

Dessa forma, o acima relatado serve de introdução a segunda parte deste trabalho, que irá tratar sobre a questão da tutela do pedido incontroverso, que, está, acertadamente ou não, positivada no nosso código de processo civil justamente na parte sobre a antecipação de tutela.

3.2 QUESTÕES CONTROVERTIDAS

Nesta etapa do trabalho, dividimos as questões que são controvertidas para analisá-las individualmente com mais detalhes, ao invés de expressar um panorama geral sobre a situação. Seguem os aspectos que serão trabalhados nesta parte.

3.2.1 Natureza do instituto

A problemática em torno do art. 273, § 6º, do CPC, é extensa e bastante controvertida, não tendo a doutrina adotado posicionamento majoritário sobre o tema. Ainda, os autores que trataram mais especificamente do tema, possuem mais divergências do que convergências. Nesse sentido, os autores divergem basicamente sobre alguns pontos: natureza deste instituto, a cognição empregada, se há formação de coisa julgada material e o recurso cabível.

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

61 DIDIER JR., 1996.

Esse artigo trouxe para o sistema jurídico brasileiro a possibilidade de, não havendo controvérsia sobre um pedido, em sua totalidade ou em parte, seja ele prontamente tutelado pelo poder Judiciário. Portanto, estamos diante de um artigo que possibilita que não haja, sob o ponto de vista da duração razoável do processo, uma dilação indevida do processo, permitindo ao autor usufruir, desde já, daquilo que a outra parte lhe reconhece por legítimo. Ainda, estamos diante de evidente manifestação do princípio do direito a uma tutela adequada e efetiva, conforme relatado na primeira parte do trabalho. Logo, estamos diante de um claro desdobramento de, ao menos, dois direitos fundamentais processuais.

Antes de mais nada, temos que observar o seguinte: se, porventura, a ação tenha por objeto um único e exclusivo pedido e esse pedido for totalmente incontroverso, não estaríamos mais falando de antecipação de tutela e sim, em clara hipótese de julgamento de mérito.

Primeiramente trataremos da questão da natureza deste instituto, questão que entendemos central para o desenrolar das demais, uma vez que entendida esta e adotado posicionamento crítico sobre isto, as demais questões se desdobrarão de uma forma ou de outra. Cumpre salientar que não é o objetivo deste trabalho, fazer distinções sobre este instituto de acordo com cada aspecto do pedido ou da natureza do pedir, pois de acordo com isso, o procedimento será de um jeito ou de outro, logo, não traremos essas questões à minúcia, o objetivo é discutir o próprio instituto.

Quanto à questão da natureza deste instituto, poderíamos citar que há diversos entendimentos sobre o assunto e, na pesquisa bibliográfica realizada, podemos citar alguns deles, a saber: que se trata antecipação de tutela pura e simples ou de sentença parcial de mérito (aqui alguns entendem ser decisão interlocutória de mérito). Ainda, em alguns pontos os autores parecem convergir, enquanto em outros, distanciam-se em sentido diametralmente opostos.

Os autores que defendem que se trata de mera antecipação de tutela, como Teori Albino Zavascki e Athos Gusmão Carneiro, entendem que tal instituto é pura e simplesmente uma antecipação de tutela. Portanto, como tal antecipação de tutela, estaria sujeita ainda a uma decisão definitiva do mérito da causa, seria provisória, e

como tal para ser executada de acordo com o art. 273, § 3º, do CPC⁶², seria via execução provisória (art. 475 – O do CPC).

Teori Albino Zavascki expõe que, a princípio, seriam aplicadas as mesmas disposições das demais hipóteses de antecipação de tutela, com algumas observações e ressalvas neste sentido diz “assim considerada a natureza da tutela antecipada em face do pedido incontroverso, a ela se aplica, em princípio o regime geral das demais hipóteses de antecipação previstas”⁶³. Logo, reconhece o autor que apesar de entender como antecipação de tutela, não é, propriamente dita, uma tutela antecipada clássica, possui algumas ressalvas.

Todavia, embora Zavascki tenha adotado posição de acordo com aquilo que o legislador infraconstitucional entendeu como adequado, não deixa de tecer crítica a este respeito a qual se transcreve:

Para a imediata tutela da parte incontroversa do pedido, talvez a melhor solução tivesse sido a da cisão do julgamento, permitindo sentença parcial, mas definitiva, de mérito. Ter-se-ia, com essa solução, a possibilidade de outorgar, relativamente ao pedido incontroverso, a imediata, completa e definitiva tutela jurisdicional. Não foi essa, todavia, a opção do legislador, que preferiu o caminho da tutela antecipada provisória. Com isso, limitou-se o âmbito da antecipação aos efeitos executivos da tutela pretendida.⁶⁴

Fica claro então, que apesar de caracterizá-la como antecipação de tutela, o próprio autor, reconhece a falha nisso, pois, seria muito mais adequado, em sua visão, a cisão do mérito da causa, rompendo com o princípio da unidade da sentença.

Ainda, quanto à questão dos direitos fundamentais, o autor entende que este instituto representa um “ação afirmativa do legislador em benefício do princípio constitucional da efetividade do processo”.⁶⁵ Logo, independentemente do modo como entende a natureza do instituto, entende que existe uma realização de um dos direitos fundamentais processuais trabalhados na primeira parte do trabalho.

62 Este artigo remetia ao art. 588 do CPC, todavia este foi revogado pela Lei 11.232/2005 atualmente remete ao art. 475–O do CPC.

63 ZAVASCKI, 2008. p. 114.

64 Ibidem. p. 115.

65 Ibidem.

Dialoga com Zavascki, o autor Athos Gusmão Carneiro, que também entende o instituto sob a ótica da antecipação de tutela e não de julgamento antecipado ou ainda de hipóteses de sentença parcial de mérito. Nessa linha, o referido autor relata que “melhor portanto, a nosso sentir, manter o antigo e prestigiado princípio da unidade da sentença, cujo rompimento demandaria norma indubitosa”⁶⁶. Portanto, parece que ele preferiu, em verdade, a segurança oferecida por um instituto já amplamente debatido e introjetado no direito processual civil brasileiro como é a antecipação de tutela, a romper com um dos pilares do direito processual, pois cita que “nos parece de mui difícil aceitação em face do direito legislado”⁶⁷. Nesse sentido, parece entender que de fato seria melhor manter o posicionamento defendendo a natureza de antecipação de tutela, uma vez que poderia se tornar sobremaneira complicado tentarmos aplicar a cisão do mérito aqui.

Ainda, entende que existiria aqui uma antecipação de tutela como outra qualquer, “sem a formação da coisa julgada, subsistindo a possibilidade de sua alteração ou revogação na pendência da demanda.”⁶⁸ Cumpre frisar que, no que tange o recurso adequado, caso admitíssemos a natureza de julgamento parcial da demanda, entende que seria o agravo de instrumento, uma vez que se trata de decisão interlocutória pura e simplesmente, e o restante da demanda seria decidido via sentença e portanto recorrível via apelação. Todavia, discutiremos isso mais adiante, quando adentrarmos propriamente na questão do recurso que seria cabível.

Luís Alberto Reichelt⁶⁹ também entende que se trata de antecipação de tutela, e refere-se ao fato de alguns autores tentarem enquadrar como sentença é na realidade um “equivoco hermenêutico”. Ainda diz que:

Em uma primeira aproximação, é possível afirmar que tal decisão não constitui pronunciamento em sede de resolução do mérito. Não há, no comando legal em exame, qualquer referência à necessidade de o julgador se manifestar a respeito do direito aplicável ao caso proposto pelas partes. Ao contrário, a redação do art. 273 § 6º do Código de Processo Civil é clara ao fazer menção apenas à concessão de tutela antecipada. Nesse sentido, é correto dizer que o conteúdo de tal decisão é apenas a regulação de efeitos situados no plano dos fatos, os quais decorrem da inferência no sentido de que a incontrovérsia a respeito do pedido formulado pela parte

66 CARNEIRO, Athos Gusmão (1925). **Da antecipação de tutela**. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 66.

67 Ibidem. p. 67.

68 Ibidem.

69 REICHELDT, Luís Alberto. **Revista da Faculdade de Direito Uniritter**, Porto Alegre, n. 10, 2009. p. 166.

autora funciona como indicativo da convergência entre as partes a respeito do direito aplicável em face da questão suscitada em juízo.⁷⁰

Em linha de conclusão, cabe ressaltar que, ao tomar posição definindo este instituto como antecipação de tutela, os autores aqui trabalhados adotam posição que define diversas questões de ordem prática, por exemplo, caso se entenda como antecipação de tutela, estamos diante de um instituto, provisório, revogável e que não está apto à formação da coisa julgada material.

Por outro lado, há autores que entendem que o instituto aqui abordado não constitui hipótese antecipação de tutela, e sim de decisão de mérito. Nessa linha, alguns entendem que estamos diante de sentença de mérito (logo, admitindo a possibilidade de cisão do mérito), ao passo que outros entendem se tratar de decisão interlocutória. No primeiro grupo podemos citar nomes como Daniel Mitidiero, Cassio Scarpinella Bueno e Pedro Pozza; no outro grupo de autores podemos citar, principalmente, Fredie Didier Júnior.

Cassio Scarpinella Bueno⁷¹ está dentre aqueles que entendem que o que ocorre de fato, no caso do art. 273, § 6º, é “julgamento antecipado *parcial* da lide com reconhecimento de efeitos imediatos ao que foi julgado”. Ainda, entende que há uma aproximação com o instituto da antecipação de tutela no sentido de melhor atender e tutelar o direito pretendido pela parte e aqui reconhecido. Todavia, não se trata de antecipação de tutela pura e simples, uma vez que não pode ser revogada e não há necessidade de ser confirmada quando do proferimento da sentença. Ademais, entende que o referido artigo possibilita uma espécie de cisão do(s) pedido(s), ou seja, uma forma de desmembrar o pedido ou os pedidos e desde já reconhecer os efeitos do que foi julgado. Mais que isso, entende que deve o processo seguir exclusivamente em relação ao que for controvertido⁷².

Nessa mesma linha, Daniel Mitidiero⁷³ também defende que o instituto que se procura trabalhar neste estudo é uma sentença parcial de mérito. Ademais, refere-se ao instituto como um “direito fundamental ao julgamento definitivo da parcela incontroversa”. Ainda, aponta que, quando da aplicação deste instituto, temos a

70 REICHEL, 2009. p. 163.

71 BUENO, 2007. p. 53.

72 Ibidem.

73 MITIDIERO. 2007. p. 41-54.

conformidade da decisão prolatada com as previsões contidas nos arts.267, 269 e 162, § 1º do CPC, portanto, seria inegável a natureza de sentença. Mais que isso, entende que o Código de Processo Civil diferencia uma sentença de uma decisão interlocutória pelo critério da definitividade da apreciação jurisdicional, logo, seria igualmente, incorreto entender que estamos diante de “decisão interlocutória de mérito”.

Luiz Guilherme Marinoni⁷⁴ também entende que a questão aqui trabalhada trata-se, evidentemente, de uma sentença parcial de mérito. Ademais, parece não ver problema algum na questão do rompimento do princípio da unidade da sentença. Mais que isso, entende que a melhor maneira de realizar o direito fundamental à duração razoável do processo é, justamente, através do rompimento com o princípio da unidade da sentença. Resume-se seu pensamento sobre o art. 273, § 6º: “viabiliza a cisão do julgamento do mérito, representando a quebra do princípio da unidade e da unicidade do julgamento no direito processual civil brasileiro”.⁷⁵

Do mesmo entendimento, podemos citar ainda Pedro Pozza⁷⁶, que, em sua tese de doutorado, dissertou a respeito da sentença parcial de mérito, e defende que o tema tratado neste trabalho tem natureza jurídica de sentença parcial de mérito. Ademais, entende que o legislador deveria ter previsto que fosse tratado como sentença de mérito e uma vez transitado em julgado, fosse possível sua execução em definitivo. Além disso, defende que essa deveria ser a solução para esses casos em que haja cumulação de pedidos e quando sua resolução – de um pedido ou parte deles – não dependa de dilação probatória.

O entendimento de Fredie Didier Jr⁷⁷ é revestido de algumas peculiaridades, pois, apesar de entender a decisão aqui tratada como uma decisão de mérito, entende se tratar de “decisão interlocutória de mérito”. Para o autor, a decisão “não se trata de provimento antecipatório, a ele não se aplicam os requisitos da tutela

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

75 Ibidem. p. 182.

76 POZZA, Pedro Luiz. **A sentença parcial de mérito na perspectiva do formalismo-valorativo**. 2011. Tese (Doutorado) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2011.

77 DIDIER JR., Fredie. Inovações na antecipação dos efeitos da tutela e a resolução parcial do mérito. **Revista de Processo**, v.11, abr. 2003. Disponível em:

<<http://www.revistadostribunais.com.br/>>. Acesso em: 03 nov. 2014. p. 5.

antecipada”⁷⁸. Ainda, entende que:

Não se trata de tutela de urgência, muito menos provisória. Os únicos requisitos para sua aplicação são: a) a incontrovérsia de um pedido formulado, ou de parcela dele; b) a desnecessidade de realização de prova em audiência para determinado pedido, ou de parcela dele. Isso é importantíssimo.

Ademais, entende não haver dificuldade alguma em entender que é uma decisão interlocutória embora, trate do mérito, ainda que parcialmente da questão, neste sentido são suas palavras:

Como não haverá encerramento de toda a atividade jurisdicional em primeira instância – pois sobejará a parcela do mérito ainda não decidida -, a decisão em tela será interlocutória, embora de mérito. A distinção entre decisão interlocutória e sentença não se faz pelo conteúdo (mérito ou não), mas pelos efeitos: se encerrar a atividade jurisdicional em primeira instância, é sentença; se não encerrar, é decisão interlocutória⁷⁹.

A respeito do posicionamento de que seria meramente uma antecipação de tutela, cabe-nos aqui fazer algumas digressões.

O primeiro ponto a ser destacado é que, não nos parece adequado conceber o instituto aqui abordado como uma antecipação de tutela, única e exclusivamente, porque o legislador escolheu tratar o tema colocando-o neste âmbito, conforme entende Zavascki⁸⁰. Portanto, é muitas vezes visível que o legislador carece de técnica mais apurada neste e em outros pontos, como são os vastos exemplos contidos nas leis brasileiras. Ainda, o próprio autor refere-se que o legislador deveria ter admitido a possibilidade de cisão do julgamento de mérito da causa, conforme citado anteriormente.

Ademais, parece-nos sobremaneira prejudicial para a parte dotada de razão quanto a um pedido (ou a parcela dele) ter de esperar até o trânsito em julgado da demanda para que possa receber a tutela sobre o incontroverso. Nas palavras de Marinoni⁸¹, “o autor que evidencia parcela do direito que postula em juízo, não pode ser prejudicado pelo tempo necessário à cognição da parte ainda controversa”.

78 DIDIER JR., 2003.

79 Ibidem. p. 5.

80 ZAVASCKI, 2002.

81 MARINONI, 2011. p. 181.

Ora, poder-se-ia argumentar que a parte pode executar via execução provisória, todavia, consoante o art. 475–O, a execução provisória possui regras diferentes da execução normal, a citar, por exemplo, a necessidade de caução. Logo, por mais que a parte se utilize da execução provisória, ainda assim, estará de certa forma sendo lesada, uma vez que, tem direito a algo e não consegue desde logo fruí-lo livremente. Nas palavras de Pozza⁸² “se trata de exagero exigir do autor a prestação de caução para execução de pretensão que foi, ainda que implicitamente, reconhecido pelo réu”.

Ademais, a conclusão que podemos extrair do posicionamento de Athos Gusmão Carneiro é a existência de receio em aceitar a possibilidade de cisão do julgamento, em virtude de ser um princípio consagrado e pelo fato de entender que haveria uma certa dificuldade de colocar em prática a cisão em função do direito legislado vigente. Todavia, conforme bem alerta Marinoni⁸³, “esse princípio não se concilia com o direito fundamental à duração razoável do processo”. Ademais o autor defende que:

Ora, se um dos pedidos apresentados pelo autor está maduro para julgamento – seja porque diz respeito a apenas a matéria de direito, seja porque independe de instrução probatória -, o direito fundamental à duração razoável do processo, ao incidir sobre a estrutura técnica do processo civil, não pode admitir a prevalência do princípio da *unità e unicità della decisione*.⁸⁴

Quanto ao posicionamento de Fredie Didier Jr, conforme bem ressalta Daniel Mitidiero⁸⁵, errou o professor da Universidade Federal da Bahia ao entender que a distinção entre sentenças e decisões interlocutórias se dá pelos efeitos. De acordo com Mitidiero, o critério que define se a decisão é interlocutória ou sentença, é o critério da definitividade. Logo, não se trata, definitivamente de decisão interlocutória, e sim de sentença parcial de mérito uma vez que define o mérito da causa (ainda que parcial).

82 POZZA, 2011. p. 163.

83 MARINONI, 2011.

84 Ibidem. p. 181.

85 MITIDIERO, Daniel.Francisco. Sentenças parciais de mérito e a resolução definitiva-fracionada da causa 9lendo um Ensaio de Fredie Didier Júnior). **Genesis**: Revista de Direito Processual Civil, v. 1, n. 1, p. 26-27, 1996.

Ainda, no que tange o direito fundamental à duração razoável do processo, entende o referido autor o significado da expressão razoável, contida no art. 5º, LXXVIII da Constituição Federal, quer dizer em verdade que a tutela é realizada dentro de um prazo razoável quando “a técnica processual e a administração da justiça permitem ao juiz concedê-la logo após os fatos que lhe dizem respeito terem sido esclarecidos”.⁸⁶

Ainda, quanto ao princípio da tutela adequada, efetiva e tempestiva poderia parecer que o que ocorre é que a parte está tendo a tutela preservada, uma vez que poderia usufruir desde logo o bem que almeja. Entretanto, não podemos olvidar que seria então uma tutela provisória e, dependendo do que for ser executado, a parte teria que ter todo um outro rito para ter, provisoriamente, frise-se, direito de usufruir o direito conquistado. Ademais, como a tutela deve se adequar ao direito material discutido é perfeitamente possível concluir que a melhor maneira de isso ocorrer seria através de uma sentença de mérito.

Mais que isso, não parece adequada, tampouco justa, uma tutela em que a parte tem um direito reconhecido no processo, mas que deva esperar até o julgamento final e, mesmo que tenha a tutela antecipada, não poderá estar sob a égide da coisa julgada. Também não seria efetiva, mesmo que a parte possa usufruir da tutela antecipada, a efetividade, neste caso, vai além. Ademais, há, pelo menos uma possibilidade parecida no CPC, caso da ação de consignação em pagamento em que a parte deposita o valor que considera incontroverso e a outra parte pode retirar este valor, seguindo o processo quanto ao que for controvertido. Portanto, apesar de haver certa dificuldade da doutrina em romper com a unidade da sentença, nada impede que isso possa se reconhecer.

Sendo assim, deve-se ressaltar que, de acordo com o entendimento exarado acima, entendemos que o instituto objeto deste trabalho é sentença parcial de mérito, consoante Mitidiero, Marinoni, Bueno e Pozza. Ademais, o entendimento é contrário ao de Didier Jr., que entende se tratar de decisão interlocutória de mérito.

86 MARINONI, 2008. p. 285.

3.2.2 Da controvérsia ou incontrovérsia do pedido

Não menos complexa é a questão que paira sobre o correto entendimento do termo “incontroverso” que se encontra no § 6º do art. 273, do CPC. As dúvidas a seu respeito são inúmeras, e, assim como a questão da natureza do instituto, o seu debate é importante para que possamos compreender melhor o próprio instituto aqui tratado.

É sabido que incumbe ao réu manifestar-se sobre os fatos declarados pelo autor sob pena de serem presumidos verdadeiros os fatos não impugnados. Dessa forma, o Código Processual parece deslocar para o réu o dever de defender-se ou os fatos serão tidos como incontroversos. Portanto, algumas dúvidas surgem, como por exemplo o caso do réu que seja revel.

Para Marinoni⁸⁷, não há incontrovérsia quando do não comparecimento do réu em juízo. Mais que isso, defende o autor que as presunções contidas nos arts. 319 e 330, II do CPC não se aplicam quando da ocorrência da revelia. De acordo com o próprio Marinoni, a doutrina atenuou as referidas normas e elas não são mais aplicadas de plano, uma vez que seria extremamente prejudicial ao revel a incidência de tais dispositivos. Todavia, o autor paranaense entende que quando o réu se defende, mas não se manifesta a respeito dos fatos, aí sim, deve haver a incidência dos referidos artigos presumindo-se os fatos como incontroversos.

Mais que isso, para esse autor paranaense há algumas outras questões que devem ser analisadas. Para esse autor, há outras possibilidades que poderiam levar a crer estarmos diante de incontrovérsia. Todavia, isso não ocorre quando estivermos diante de direitos indisponíveis –que mesmo não contestados não presumem-se verdadeiros – e de quando a defesa, analisada em seu conjunto, não permitir que os fatos sejam considerados verdadeiros⁸⁸.

Ainda, para Mitidiero a questão da controvérsia ou da incontrovérsia é diferente da decisão fundada em cognição sumária (art. 273, II do CPC). Nesse sentido, cumpre explicar que o art.273, II, CPC, é fundado em cognição superficial

87 MARINONI, 2011.

88 Ibidem.

do direito. Quando o réu abusa, isso torna ainda mais evidente (e muito possível, verossímil, embora sem absoluta certeza) o direito alegado pelo autor. Todavia, aqui, não interessa o *periculum in mora* (urgência).

Ademais, Mitidiero expõe que:

A situação é bem diferente quando se está a falar em incontrovérsia, porquanto as alegações incontroversas independem de prova (art. 334, CPC). Convencendo-se o juiz, a dinâmica do processo não pode lhe ofertar mudança no quadro probatório. A cognição é exauriente; o juízo é de certeza.⁸⁹

Ainda, Fredie Didier Junior, Paulo Sarna Braga e Rafael Oliveira⁹⁰ entendem que a incontrovérsia pode decorrer de algumas outras situações como reconhecimento jurídico do pedido, transação ou renúncia parciais, quando um dos pedidos puder ser julgado mesmo havendo controvérsia fática em virtude da não necessidade de produção de provas.

Portanto, parece-nos claro que a questão da controvérsia ou da incontrovérsia é mais profunda propriamente dita do que a mera não contestação ou do mero fato da não impugnação adequada de uma alegação por uma parte, apesar de isso, por vezes, poder gerar também a incontrovérsia. Neste sentido, para Zavascki⁹¹:

[...] a incontrovérsia ensejadora da medida antecipatória somente se configura com a presença de um elemento essencial, a saber: a ausência de controvérsia deve considerar e envolver a posição do juiz, o terceiro, figurante da relação processual angularizada. Portanto, além da ausência de controvérsia entre as partes, somente poderá ser tido como incontroverso o pedido que, na convicção do juiz, for verossímil. “incontroverso”, em suma, não é o “indiscutido”, mas sim o “indiscutível”.

Do acima exposto, podemos concluir algumas situações, a incontrovérsia, parece estar muito mais próxima de algo que não tem mais porque ser discutido, não há necessidade de dilação probatória. Isso pode advir da “não-contestação, transação, conciliação ou reconhecimento parciais”⁹², ainda, como estamos diante do “indiscutível”⁹³, parece razoável não atribuir à revelia este efeito conforme exposto por Marinoni⁹⁴.

89 MITIDIERO, 2007. p. 44.

90 DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2011. p. 541.

91 ZAVASCKI, 2008. p. 110-111.

92 MITIDIERO, 2007, p. 45.

93 ZAVASCKI, op. cit.

94 MARINONI, 2011.

3.2.3 Da cognição da decisão e da aptidão em formar coisa julgada

Outro ponto que merece análise, ainda que sumária, dados os limites deste trabalho, é a questão de qual é a cognição empregada no caso do art. 273, § 6º do CPC. A questão é importante, visto que, de sua análise poderemos concluir se há ou não coisa julgada material.

Parece evidente que, para aqueles autores que entendem o instituto trabalhado como antecipação de tutela, por isso mesmo, entendem que a cognição empregada no caso do referido artigo é cognição sumária. Logo, não trataremos aqui sobre a opinião destes autores.

Antes de mais nada, cumpre ressaltar aqui as lições de Kazuo Watanabe⁹⁵, para quem, a cognição tem dois planos o horizontal e o vertical. O plano horizontal, refere-se à quantidade de matérias a serem enfrentadas no processo, nesse plano pode ser plena ou limitada. Já no plano vertical temos a questão da profundidade de análise da matéria, classifica-se em exauriente e sumária. Ademais, a cognição apta a formar coisa julgada material é a exauriente, em que se analisa em profundidade a questão.

Dessa forma, levando em consideração esses dois planos, podemos ter diversos tipos de cognição. Para o debate em comento, cabe frisar a hipótese de cognição limitada e exauriente.

Nesse tipo de cognição, teríamos uma cognição que não analisa todas as questões do processo, mas analisaria essas questões em profundidade, pois “o objeto cognoscível a perquirição do juiz não sofre limitação”⁹⁶. Sendo exauriente, é apta a formar coisa julgada material.

Os autores que defendem a ideia da decisão (referente ao art.273, § 6º, CPC) ser de cognição exauriente entendem, logicamente, que há formação de coisa julgada material.

95 WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000.

96 Ibidem. p. 113

Nesse sentido, para Marinoni⁹⁷:

Não há motivo para fragilizar a tutela da parte incontroversa, negando-lhe a estabilidade e a expectativa de confiança decorrentes da coisa julgada material. Inexiste qualquer diferença, para efeito de produção de coisa julgada matéria, entre integralidade e parcela do mérito. O que importa, nos dois casos, é que o mérito – na sua integralidade ou em parte – está “maduro” para julgamento.

Ainda, no mesmo sentido entende Fredie Didier Jr.⁹⁸ para quem, uma vez que a decisão resolve parcialmente o mérito da causa, a decisão é baseada em cognição exauriente, e está apta a formar a coisa julgada. Ademais, para o mesmo autor: “a interpretação do § 6º do art. 273 de acordo com o direito fundamental à duração razoável impõe a conclusão de que a tutela da parte incontroversa da demanda produz a coisa julgada material”.⁹⁹

3.2.4 Recurso cabível

Antes de tudo, deve-se recordar que o Código de Processo Civil estabelece como recursos cabíveis contra decisões interlocutórias e contra sentenças os recursos de agravo de instrumento e apelação, respectivamente. Sendo assim, parece óbvio que, para aqueles que possuem entendimento no sentido de que se trata de decisão com natureza de antecipação de tutela – via decisão interlocutória – o recurso cabível para atacar a decisão é o agravo de instrumento. Portanto, poderíamos inferir que, para os autores que defendem se tratar de sentença de mérito, ainda que parcial, o recurso adequado seria a apelação. Todavia, esse fato não se verifica e o que podemos observar é que há posições dissonantes quanto ao recurso adequado a ser manejado. Dessa forma, há basicamente três posições sobre o recurso adequado: agravo de instrumento com algumas particularidades, apelação e apelação por instrumento.

97 MARINONI, 2011. p. 216.

98 DIDIER JR., 2003.

99 Ibidem. p. 217.

Athos Gusmão Carneiro¹⁰⁰, ao falar sobre o assunto (para ele se trata de antecipação de tutela, como visto), conclui que caso fosse adotado o posicionamento de que se trata de sentença de mérito, o recurso adequado em sua visão seria, mesmo assim, o agravo de instrumento visto que se trata de decisão interlocutória, e o restante do processo teria seu trâmite até a sentença e dessa caberia o recurso de apelação.

Para Daniel Mitidiero, o recurso mais adequado seria o agravo de instrumento, todavia, não um agravo de instrumento clássico, por assim dizer, pois teria algumas peculiaridades. Nesse sentido, caberiam algumas providências que não as de praxe para um agravo de instrumento, consoante expõe o autor:

Enquanto o direito brasileiro não contar com uma apelação incidente (ou parcial), por instrumento, o recurso contra a sentença parcial tem de ser o agravo de instrumento. Em substância, porém, trata-se de apelação, motivo pelo qual se pode e deve admitir, por exemplo, embargos infringentes do julgamento desse peculiar agravo, desde que concorram os demais requisitos de cabimento desse recurso (art. 530, CPC). Admite-se igualmente, sustentação oral (art. 554, CPC), sendo necessário revisor (art. 551, CPC). O mesmo se diga do regime aplicável aos recursos especial e extraordinário: desse agravo caberá tais recursos sem que esses restem retidos nos autos. De resto, desse julgamento caberá, ainda e eventualmente, ação rescisória (arts. 485, CPC).¹⁰¹

Dialoga com o professor Mitidiero¹⁰² o autor paranaense Luiz Guilherme Marinoni. Para o professor da Universidade Federal do Paraná o recurso cabível também é o agravo de instrumento com algumas particularidades. Para ele “é impossível negar às partes, no agravo de instrumento, os direitos e as garantias que lhes são atribuídos pelo regime de apelação”¹⁰³. Todavia “a única limitação admissível, por não implicar em negação ao exercício adequado e efetivo do contraditório, é a do prazo para interposição do recurso, reduzido de quinze para dez dias”. Ademais, também entende que são cabíveis embargos infringentes, sustentação oral e ação rescisória.

100 CARNEIRO, 2005.

101 Ibidem.

102 MITIDIERO, 2007. p. 53-54.

103 MARINONI, 2011. p. 221.

O autor Fredie Didier Jr.¹⁰⁴ tem entendimento similar ao de Mitidiero e Marinoni, no que tange ao recurso cabível, ainda que a partir de uma fundamentação diferente. Para o referido autor, o recurso cabível é o de agravo de instrumento, todavia com algumas particularidades como a possibilidade de sustentação oral, cabimento de embargos infringentes e a questão de ser necessário um revisor.

Pedro Pozza¹⁰⁵ (que entende tratar-se de sentença parcial de mérito) defende ideia de que o recurso adequado é a apelação e neste sentido tece o seguinte comentário:

O legislador deveria ter avançado mais, permitindo que a decisão de que trata o citado §6º fosse tratada como verdadeira sentença, sujeita ao recurso cabível (apelação, como dispõe o art.513, do CPC) e, uma vez transitada em julgado, passível de execução definitiva.

Há ainda o grupo de autores que defendem a apelação por instrumento em como Bruno Garcia Redondo¹⁰⁶. Para esse autor, o instituo do § 6º do art. 273 do CPC, é claramente uma sentença de mérito, ademais, vai além da questão da incontrovérsia ao analisar as sentenças parciais. Entende que caso haja qualquer pedido passível de julgamento conforme o estado do processo, deve o magistrado proferir a sentença, devendo a dilação probatória continuar quanto ao restante. Ademais, entende que o recurso cabível da sentença, seja ela parcial ou não, é a apelação, devendo ser ela usada no caso do art.273, § 6º do CPC. Todavia, entende que, para não turbar o andamento do processo, deve a apelação ser instruída em autos suplementares. Nesse mesma linha, Eduardo Scarparo¹⁰⁷ que também entende que há a hipótese de sentença de mérito parcial, dessa forma, o recurso adequado seria a apelação por instrumento, todavia, prega cautela enquanto a matéria não estiver devidamente consolidada.

104 DIDIER JR., 2003.

105 POZZA, 2011. p. 163.

106 REDONDO, Bruno Garcia. **Sentença parcial de mérito e apelação em autos suplementares.** Revista de Processo, v.160, jun. 2008. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br/>>. Acesso em 01 nov. 2014

107 SCARPARO, Eduardo. Sentenças parciais? Considerações a partir da reforma do art. 162, § 1.º, do CPC. **Revista de Processo**, v. 148, p. 153-168, 2007.

Neste ponto, cumpre ressaltarmos que, como o tema do trabalho é a abordagem do instituto da tutela do pedido incontroverso sob a ótica dos direitos fundamentais processuais (especificamente aqueles trabalhados na primeira parte do trabalho), devemos tecer algumas considerações no que seria mais adequado sob essa ótica. Antes disso, cabe recordar que entendemos o instituto como uma sentença parcial de mérito.

Parece-nos que o recurso adequado que melhor atenderia a questão da duração razoável do processo e do direito a uma tutela adequada, efetiva e tempestiva seria o recurso de apelação por instrumento, pois, assim, a parte poderia discutir em separado a decisão que lhe é favorável sem prejudicar a dilação probatória do que ainda é controvertido. Dessa forma, a parte teria uma segurança maior em relação a isso.

Comparativamente, caso fosse entendido o agravo de instrumento como o recurso mais adequado, tese defendida pelos autores consagrados como Marinoni e Mitidiero, teríamos sob a ótica dos direitos fundamentais uma complicação. Explico, ocorreria que essa parcela incontroversa, estaria sujeita a um recurso que possui tramitação mais rápida que a apelação, ou seja, o réu, teria à disposição uma ferramenta, de certa forma, mais eficiente para recorrer da decisão e, conseqüentemente, teria a possibilidade de revertê-la de uma forma muito mais rápida. Dessa maneira, estaríamos prejudicando o autor que tem um pedido reconhecidamente incontroverso em seu favor.

Embora o fundamentado acima, de que o mais adequado seria o recurso de apelação, cabe nos render a tese de Mitidiero, uma vez que, neste momento, parece que a aplicação da apelação como recurso adequado poderia trazer mais complicações do que benefícios uma vez que seria difícil colocá-la em prática. Para o professor da UFRGS a questão é que “enquanto o direito brasileiro não contar com uma apelação incidente (ou parcial), por instrumento, o recurso contra a sentença parcial tem de ser o agravo de instrumento”¹⁰⁸.

108 MITIDIERO, 2007. p. 53.

3.2.5 A execução da decisão

É sabido que o Código de Processo Civil, instituído por força do art. 273, §3º que se observe o regime de execução provisória (art. 475–O do CPC) para as medidas fundadas em sede de antecipação de tutela. Logo, para aqueles autores que entendem que o instituto é uma antecipação de tutela a execução será pela via provisória. Todavia, para os autores que defendem tratar-se de sentença de mérito o mesmo não pode ser verdade.

Para Marinoni¹⁰⁹ a questão se resolve ao afirmar que “a decisão que concede a tutela da parte incontroversa da demanda, por produzir coisa julgada material, pode ser executada em caráter definitivo no curso do processo”. Ademais, entende que “caso impugnada mediante agravo de instrumento, a decisão assumirá natureza provisória, mas poderá ser executada imediatamente, ou seja, na pendência do recurso”.

Fredie Didier Jr.¹¹⁰ tem entendimento similar ao afirmar que “a decisão que resolve parcialmente a lide, acaso transite em julgado, pode ser executada definitivamente”. Todavia, o autor diverge quanto a outros aspectos, nesse sentido transcreve-se:

Não se lhe aplica o regramento da execução provisória (*rectius*: incompleta) previsto no art. 273, § 3º, e 588 do CPC (LGL\1973\5). Trata-se, assim, de nova espécie de título executivo judicial, a despeito do silêncio do art. 584 do Cpc (LGL\1973\5), que deveria, por isso, ter sido adaptado, com o acréscimo – apenas para evitar dúvidas – de um outro inciso.¹¹¹

Ademais, Didier Jr. inova ao estabelecer que a execução deve ser feita da seguinte maneira:

Deve ser extraída uma “carta de decisão”, atuando-a em apartado, à semelhança do que ocorre com a execução incompleta (arts. 589 e 590 do CPC (LGL\1973\5), cujo regramento deve ser aplicado por analogia. Foi esta, a propósito, a solução alvitada em caso concreto em que advogamos (no qual foi requerida, e concedida, a resolução parcial do mérito), e que se mostrou bastante satisfatória.¹¹²

109 MARINONI, 2011. p. 220.

110 DIDIER JR., 2003. p. 8.

111 Ibidem.

112 Ibidem. p. 9.

A respeito do acima exposto, cabem algumas considerações no que tangem os direitos fundamentais processuais trabalhadas na primeira parte do trabalho. Para que, consoante o que já foi feito em outras partes do trabalho, possamos ter uma visão mais clara sobre qual a posição a ser adotada.

No que diz respeito a uma tutela adequada, efetiva e tempestiva parece que a solução elaborada por Didier Jr.¹¹³ parece adequada, uma vez que, teríamos uma execução de caráter definitivo, sob o aspecto de título executivo judicial. Dessa forma, também o que ocorreria seria uma prestação jurisdicional da tutela dentro de um prazo mais exíguo e adequado, pois seguiria o rito da execução normal sem depender de confirmação por outra decisão. Além disso, a segurança jurídica de um título executivo judicial é incontestável, tutelando de maneira mais adequada o direito material discutido em juízo.

A solução compreendida como adequada por Marinoni¹¹⁴ também poderia ser adequada. Todavia, como a via adequada para atacar a decisão seria o agravo de instrumento, a execução poderia estar sob o risco de ser mais facilmente reformada pela segunda instância. Ademais, a possibilidade de agregação de efeito suspensivo à execução de uma maneira mais rápida (via agravo de instrumento) também não parece ser a maneira mais adequada de se prestar a tutela.

Sendo assim, entendemos que o posicionamento de Didier Jr.¹¹⁵ de que a execução deve seguir o rito de execução definitiva, sendo em verdade título judicial, é a mais adequada para a solução levando em consideração os direitos fundamentais processuais. Pois, conforme entende o autor seria mais uma hipótese de título executivo judicial embora não esteja expresso no ordenamento jurídico.

113 DIDIER JR., 2003.

114 MARINONI, 2011. p. 220.

115 DIDIER JR., op. cit.

4 CONCLUSÃO

Portanto, conforme visto, há diversos direitos fundamentais processuais, cumprindo salientar que a sua construção levou tempo, todavia, seu conceito foi melhor elaborado após a Segunda Guerra. Esses direitos por sua vez, organizam e moldam procedimentos e institutos. Nesse sentido, um dos institutos que busca, claramente, realizar alguns direitos fundamentais processuais é o da tutela do pedido incontroverso

O direito fundamental ao processo justo, conforme exposto, deriva do direito anglo-saxão. Além disso, tem natureza processual impondo ao estado uma série de deveres. Ademais, não se deve confundi-lo com o princípio da legalidade. Ainda, esse direito serve como fundamento para outros tantos direitos, alguns também expressos constitucionalmente. A tutela que esse princípio busca é trazer um panorama de direitos mínimos a serem respeitados, tendo como destinatário o Estado.

O direito fundamental à duração razoável do processo é derivado do princípio ao processo justo, sendo importante ressaltar que a demora em demasia nos trâmites processuais são extremamente prejudiciais às partes. Esse direito visa impor ao Estado o dever de se organizar da melhor maneira possível para prestar a tutela jurisdicional no menor tempo. Além disso, foi visto que as causas da demora excessiva são inúmeras e que cabe indenização por essa demora apesar de não termos lei expressa sobre o assunto.

O direito fundamental a uma tutela adequada, efetiva e tempestiva, pode ser analisado sob ao menos três perspectivas: acesso à justiça, adequação e efetividade. Em se tratando de acesso à justiça, cumpre frisar que no direito brasileiro ela é ampla. Quanto à adequação há duas vias, adequação do procedimento e da tutela. No aspecto da adequação da tutela, vimos que também se subdivide em duas (adequação e adaptabilidade) de acordo com o momento em que é aplicada, sendo a adequação na etapa pré-jurídica e a adaptabilidade na etapa processual. Já no aspecto da adequação da tutela, o que se observa é a necessidade do processo promover a realização do direito material discutido em

juízo. Por fim, quanto ao aspecto da efetividade parece claro que deve ser entendida sob o aspecto de possibilitar à parte que tem razão a tutela devida, que deve ter meios adequados para ser executada e deve ser concedida dentro do menor tempo possível.

Adentrando mais propriamente o instituto do art. 273, § 6º do Código de Processo Civil, vimos, ser ele entendido, como derivado de todos os direitos fundamentais processuais abordados na primeira parte do trabalho, pois há entendimento em todos esses sentidos dos mais diversos autores. Uma vez que alguns defendem ser derivado do direito fundamental à duração razoável do processo, outros, como sendo derivado do direito ao processo justo e outros como sendo derivado da questão da tutela efetiva.

Ademais, vimos a questão da natureza desse instituto e a discussão que existe no âmbito da doutrina sobre isso, que divide-se entre quem entende que a decisão é antecipação de tutela e quem entende que a decisão é decisão de mérito. Ainda, entre aqueles que entendem ser uma decisão de mérito há divisão entre os que entendem ser uma sentença e aqueles que entendem ser uma decisão interlocutória. Nesse sentido, fundamentamos nosso entendimento de acordo com aquele que melhor realizaria os direitos fundamentais processuais, logo, entendemos se tratar de sentença de mérito.

Quanto ao termo incontrovérsia contido no § 6º, art. 273, CPC, formamos entendimento que essa incontrovérsia não diz respeito somente ao que não for contestado pelo réu. Sendo possível ser derivada de outras hipóteses como, por exemplo, a transação e o reconhecimento parcial do pedido. Além disso, cumpre frisar que não é possível falar em incontrovérsia, quando decorrer exclusivamente da revelia.

Quanto ao aspecto da cognição dessa decisão, vimos que se trata de decisão fundada em cognição exauriente, diferente da decisão da antecipação da tutela, fundada em *periculum in mora* e na verossimilhança de direito, ainda é provisória. Pois, o juiz analisa o mérito da questão em profundidade. Dessa forma, como a cognição é exauriente, é apta a forma coisa julgada material. Nesse mesmo sentido, entendemos que a melhor maneira de se tutelar adequadamente o direito sobre um

pedido, ou parcela dele, incontroverso é, indubitavelmente, através do reconhecimento da coisa julgada.

Quanto ao recurso cabível, podemos citar que existem na doutrina basicamente os seguintes entendimentos: agravo de instrumento, apelação, apelação por instrumento e agravo de instrumento tratado como se fosse apelação. Nesse ponto, entendemos que seria, mais adequado o recurso de apelação por instrumento, uma vez que, caso fosse o agravo de instrumento, ainda que tratado como apelação, a parte que tem razão poderia ser prejudicada, pois, dentre outros fatores, o agravo tem um julgamento mais célere, logo, o devedor teria a possibilidade de reverter a decisão por uma maneira melhor. Todavia, frisamos que isso seria difícil em face do direito legislado e poderia acarretar uma série de problemas, logo, enquanto não ocorrerem mudanças legislativas nesse sentido, cabe o recurso de agravo de instrumento tratado com se fosse apelação.

No aspecto da execução da decisão, parece-nos que a única maneira realmente efetiva de fazê-la é pela via da execução definitiva, sendo necessário, portanto, a execução em autos apartados, a partir da extração de uma carta de decisão. Ademais, somente uma execução em definitivo poderia ser adequada e justa à parte que faz jus ao direito incontroverso. Pois, caso fosse a execução provisória o rito adequado, essa acabaria por, de certa forma, prejudicar a parte dotada de razão, uma vez que possui peculiaridades próprias, por exemplo, a necessidade de caução. Além disso, parece um exagero exigir caução quando a parte tem um direito incontroverso reconhecido como seu.

Sendo assim, cabe concluir que o instituto da antecipação da tutela do pedido incontroverso é, por deveras, amplo, podendo ser discutido sob muitos aspectos. Entretanto, parece-nos claro que, não deve ser confundido com a antecipação de tutela, que se trata de uma técnica que busca redimensionar o ônus do tempo no processo, sendo ainda, precária e fundada em cognição sumária. O que se verifica ao analisarmos o art. 273, § 6º, CPC é que temos uma decisão de mérito, fundada em juízo de certeza que busca definir o mérito sob um pedido ou sob parcela dele. Ademais, como é fundada em cognição exauriente, está apta à formação da coisa julgada material.

Além disso, cabe salientar que há inúmeras dúvidas sobre esse instituto, as quais não se limitam a este trabalho. Todavia, uma das formas de possível superação dos pontos controvertidos é a análise sob a ótica dos direitos fundamentais processuais, uma vez que esses princípios fundamentais moldam e definem direitos, procedimentos e institutos.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto Bergmann. O que é “devido processo legal”? **Revista de Processo**, São Paulo, ano 33, v. 163, p. 50-59, set./2008.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 05 nov. 2014.

BRASIL. Lei. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869.htm>. Acesso em: 05 nov. 2014.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Tutela antecipada**. 2. ed. rev. atual. e ampl. De acordo com a Emenda Constitucional n.45/2004 e com as Leis n. 11.187/2005, 11.232/2005, 11.276/2005, 11.277/2006, 11.280/2006 e 11.382/2006. São Paulo: Saraiva, 2007.

CARNEIRO, Athos Gusmão (1925). **Da antecipação de tutela**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paulo Sarna; OLIVEIRA, Rafael. Curso de direito processual civil, (teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela). 6. ed. Salvador: JusPODIVM, 2011.

DIDIER JR., Fredie. Inovações na antecipação dos efeitos da tutela e a resolução parcial do mérito. **Revista de Processo**, v.11, abr. 2003. Disponível em: <<http://www.revistadotribunais.com.br/>>. Acesso em: 03 nov. 2014.

DIDIER JR., Fredie. Sobre dois importantes, e esquecidos, princípios do processo: adequação e adaptabilidade do procedimento. **Genesis**: Revista de Direito Processual Civil, Curitiba, ano 1, p. 533, 1996.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. v. 1.

KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino. As consequências da inclusão do princípio da razoável duração do processo na Constituição Federal de 1988. **Revista Dialética de Direito Processual**, São Paulo, n. 73, ano 2009,

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

MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação de tutela**. 10. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme. Direito fundamental à duração razoável do processo. **Revista Interesse público**, Belo Horizonte, ano 10, n. 51, set./out. 2008

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2008.

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

MITIDIERO, Daniel. Direito fundamental ao processo justo. **Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil**, Porto Alegre, n. 45, p. 23-30, nov./dez. 2011.

MITIDIERO, Daniel. **Processo civil e estado constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

MITIDIERO, Daniel. Francisco. Sentenças parciais de mérito e a resolução definitiva-fracionada da causa (lendo um Ensaio de Fredie Didier Júnior). **Genesis: Revista de Direito Processual Civil**, Curitiba, v.1, nº 1, 1996, p. 26-27

MITIDIERO, Daniel. **Antecipação da tutela**: da tutela cautelar à técnica antecipatória. 2. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Efetividade do processo e técnica processual. **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, v. 22, n. 64, p.149-161, jul. 1995.

OLIVEIRA, Alvaro de; MITIDIERO, Daniel. **Curso de processo civil**: teoria geral do processo civil e parte geral do direito processual civil. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

PORTANOVA, Rui. **Princípios do processo civil**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

POZZA, Pedro Luiz. **A sentença parcial de mérito na perspectiva do formalismo-valorativo**. 2011. Tese (Doutorado) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2011.

REICHELDT, Luis Alberto. Sobre a Antecipação dos Efeitos da Tutela Jurisdicional Prevista no art. 273 § 6º do Código de Processo Civil. **Revista da Faculdade de Direito Uniritter**, Porto Alegre, n. 10, p. 163-166, 2009.

REDONDO, Bruno Garcia. Sentença parcial de mérito e apelação em autos suplementares. **Revista de Processo**, v.160, jun. 2008. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br/>>. Acesso em 01 nov. 2014

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SCARPARO, Eduardo. Sentenças parciais? Considerações a partir da reforma do art. 162, §1.º, do CPC. **Revista de Processo**, v. 148, p. 153-168, 2007.

THEODORO JR., Humberto. **Curso de direito processual civil**: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. Rio de Janeiro: Forense, 2012. v. 1.

THEODORO JR., Humberto. Direito fundamental à duração razoável do processo. **Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil**, Porto Alegre, v. 1, p. 84, jul./ago. 2004.

THEODORO JR., Humberto. O processo justo e as tutelas jurisdicionais proporcionáveis aos direitos substanciais em crise. **Revista Dialética de Direito Processual**, São Paulo, n. 123, p. 49, jun. 2013.

WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. 2. ed. Campinas. : Bookseller, 2000.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação de tutela**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.