

FRAGMENTAÇÃO DA RESOLUÇÃO DO MÉRITO: (DES)CONSTRUINDO A SENTENÇA

Francisco Alves Junior, Juiz de Direito e Professor da ESMESE

“Mas justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta”

Rui Barbosa.

“O processo leva consigo uma carga de sacrifício (eu ousaria dizer: - de dor) que nenhuma sentença pode reparar”

Eduardo J. Couture.

SUMÁRIO: 1. Introdução 2. A normatividade dos princípios 3. Acesso à justiça e devido processo legal: o direito fundamental ao procedimento adequado e ao julgamento em tempo razoável, sem dilações indevidas 4. Provimento em relação à parte incontroversa da demanda: antecipação de tutela ou julgamento antecipado parcial? 5. Tutela antecipada, resolução parcial do mérito e ineficácia imediata da sentença: sistema (?) recursal 6. Conclusões

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo verificar as implicações do § 6º do art. 273, do Código de Processo Civil (CPC), introduzido pela Lei nº 10.444, de 7 de maio de 2002.

Qual o alcance do dispositivo? Qual a natureza da decisão tomada com base nele? Qual o tipo de cognição que lhe serve de fundamento? Quais os reflexos sobre o sistema de julgamento, a execução e o sistema recursal? Estas são algumas indagações diante da nova regra.

Parte-se da revisão acerca da principiologia básica, dentro da teoria geral do processo, para checar as conseqüências do excesso de tempo na prestação jurisdicional, quando se tem redução parcial da controvérsia posta em juízo, bem como as respostas legais que o sistema vem procurando dar ao usuário e as que são possíveis a partir do próprio texto constitucional, sem os reducionismos desarrazoados, acaso impostos pelo legislador ordinário.

A hipótese é de que existem soluções mais adequadas do que a simples novidade literal do dispositivo, se efetivamente considerados os princípios constitucionais que regem o processo.

Em função das naturais limitações do trabalho, muitas das questões serão abordadas sem a pretensão de esgotamento mas, antes, objetivando suscitar dúvidas e contribuir para a discussão, com a consciência da fundamental importância do debate para o progresso científico.

2. A NORMATIVIDADE DOS PRINCÍPIOS

Há unanimidade quanto a normatividade dos princípios jurídicos (ESPÍNDOLA, 2002, p. 60). A atual fase do Direito, denominada pós-positivista, é marcada pela ruptura com esquemas normativos baseados em pura lógica formal. Os princípios se revelam como normas superiores, a orientar a criação, a interpretação e a aplicação de outras normas pois

fica para trás, já de todo anacrônica, a dualidade, ou, mais precisamente, o confronto princípio *versus* norma, uma vez que, pelo novo discurso metodológico, a norma é conceitualmente elevada à categoria de gênero, do qual as espécies vêm a ser o princípio e a regra. Isto já se acha perfeitamente elucidado, definido, reconhecido e difundido (BONAVIDES, 2002, p. 248).

Portanto, no estudo do caso a ser resolvido ou da regra a ser interpretada, deve o jurista partir do princípio, estudar o assunto com “a lente” do princípio, a fim de alcançar a finalidade expressa no próprio princípio, num raciocínio que bem poderia ser representado por um movimento circular, donde se parte do princípio, mantém-se nos “trilhos” do princípio, a fim de se chegar ao princípio mesmo. Por esta razão, não é absurdo dizer que princípio jurídico é princípio, meio e fim.

Não obstante a consciência deste estágio no plano do estudo e da teoria, boa parte do ensino e da praxe forense ainda se guia pelo modelo do normativismo positivista, no qual os princípios têm conotação fraca.

Ao que parece, a referência à superior normatividade dos princípios muita vez não passa de simples discurso, não resultando em novas e adequadas posturas dos operadores do sistema processual, confirmando a tese de que o processo reclama uma urgente “mudança de mentalidade” (DINAMARCO, 1994, p. 271), muito mais do que mudanças legislativas.

Convém então frisar a importância da adequada interpretação dos direitos e garantias fundamentais, na medida em que esta área pode ser considerada um verdadeiro *habitat* dos princípios.

Os direitos e garantias fundamentais compõem o “núcleo duro” da Constituição e, devido a esta sua peculiar característica, avulta a importância do princípio geral de interpretação constitucional, denominado *máxima efetividade* ou *eficiência*, ou ainda *interpretação efetiva*, segundo o qual as normas constitucionais devem ser interpretadas e aplicadas no sentido de alcançarem a maior eficácia possível (GUERRA FILHO, 1999, p. 41).

Existe um tensionamento constante entre as normas principiológicas. As regras são “mandatos definitivos”, ou seja, quando entram em conflito, são aplicadas ou não, resolvendo-se o problema na base do *tudo ou nada*, porque o processo de sua aplicação é a *subsunção*. Já os princípios são “mandatos de otimização”, pois permitem aplicação em diferentes graus através de um processo de *ponderação*, pelo qual se escolhe racionalmente qual dentre os princípios que estejam em colisão deve prevalecer na solução do caso concreto, sem que se anule o princípio não prevalente (ALEXY, 1998, p. 11).

A necessidade de ponderação conduz ao metaprincípio da proporcionalidade, verdadeiro critério para a solução do conflito, na medida em que, pontual e racionalmente, indica qual princípio deve prevalecer com o mínimo de desatendimento do princípio não prevalente (GUERRA FILHO, 2001, p. 77).

Em que pese não estar expresso na nossa vigente Constituição, dito princípio é pressuposto lógico do Estado Democrático de Direito, por ela fundado e calcado em extenso rol de direitos fundamentais, a reclamar constante harmonização entre eles, podendo ser visualizado através do § 2º, do art. 5º, da Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988 (CF) (BONAVIDES, 2002, p. 395-396).

Segundo Bonavides (2002, p. 360-371) e Guerra Filho (2001, p. 70-71), apoiados em vasta doutrina estrangeira, o referido princípio da proporcionalidade se divide em três subprincípios, a saber: a) “proporcionalidade em sentido estrito” ou “máxima do sopesamento”, significando correspondência ótima entre o fim almejado e o meio escolhido; b) “adequação” do meio escolhido e; c) “exigibilidade” ou “máxima do meio mais suave”, isto é, não pode haver outro meio menos danoso a direitos fundamentais.

Além disto, digna de nota é a estreita relação entre a proporcionalidade e o princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no art. 1º, I, da CF, pois constitui “degradação da pessoa a objeto, se ela for importunada pelo emprego de meios mais rigorosos do que exige a consecução do fim de bem estar da comunidade” (GUERRA FILHO, 2001, p. 72).

Assim, assumida a estrutura kelseniana do Direito (KELSEN, 1987, p. 240), o princípio da proporcionalidade deve ser observado em todos os atos estatais vez que, ao mesmo tempo em que se situa no topo da pirâmide normativa, desce à sua base, “informando a produção daquelas normas individuais que são as sentenças e as medidas administrativas” (GUERRA FILHO, 2001, p. 77).

Destarte, o Judiciário assume papel de relevo no regime, devendo esforçar-se para bem aplicar os direitos e garantias fundamentais, preenchendo o vazio do discurso sobre a normatividade dos princípios e a supremacia da Constituição, especialmente no que concerne ao seu instrumento de trabalho por excelência: o processo.

3. ACESSO À JUSTIÇA E DEVIDO PROCESSO LEGAL: O DIREITO FUNDAMENTAL AO PROCEDIMENTO ADEQUADO E AO JULGAMENTO EM TEMPO RAZOÁVEL, SEM DILAÇÕES INDEVIDAS

O processo pós-moderno se caracteriza pela marcante instrumentalidade. Não há mais espaço para visões introspectivas do fenômeno processual, pois se intensifica a consciência a respeito do fator preponderante: a satisfação do jurisdicionado pelo seu efetivo acesso à justiça, “síntese de todos os princípios e garantias do processo” (DINAMARCO, 1994, p. 303-304).

Desta forma, o acesso à justiça e o devido processo legal aparecem como os grandes postulados constitucionais, a reclamarem que se pense o fenômeno como processo justo, e não simplesmente como

processo regulado em lei, obrigando efetivamente o legislador e o juiz a se conduzirem por esta diretriz.

O devido processo legal encontra-se expresso no art. 5º, LIV, da CF, e costuma ser identificado pela maioria dos juristas brasileiros em sua faceta puramente processual (*procedural due process*), ou seja, destinado a regular o processo e não a proteger a liberdade e a propriedade, senão de forma indireta, ao contrário dos povos anglo-saxões, que valorizam mais este lado ou função material do princípio (*substantive due process*) (NERY JUNIOR, 1997, p. 27-38).

Partindo-se deste ponto, verifica-se que o devido processo legal não significa simples exigência de um processo regulado por lei, a ser observado pelo Estado quando houver necessidade de invasão da esfera de liberdade e propriedade individual. Caso contrário, o Constituinte não teria apostado o qualificativo “devido”; teria exigido apenas o processo “legal”.

Não só pelo método literal se chega a esta conclusão. Se o princípio exigisse apenas o processo formalizado em lei, bastaria ao Estado editar regras processuais que lhe validassem o arbítrio, para que restasse letra morta a garantia que o Constituinte quis efetiva.

Apesar das dificuldades em se apreender o sentido preciso da cláusula, como de resto sói acontecer com os princípios mais gerais, que encerram conceitos jurídicos indeterminados, é possível partir da observação de que o termo “devido” é ali empregado no sentido de “necessário” e “adequado”. Ou seja, por um lado, o Estado ou o particular não pode invadir a liberdade ou a propriedade do indivíduo sem que o faça através de um processo regulado em lei. Doutra parte, há uma exigência de um processo apto a salvaguardar o efetivo acesso à justiça, sendo ele próprio uma garantia para o indivíduo. Um processo adequado a instrumentalizar a pacificação social com justiça substancial, a educação do jurisdicionado e o aprendizado dos juízes a respeito dos valores consagrados pelo grupo, a atuação concreta do Direito material, a tutela das liberdades públicas, a preservação da harmonia e da autoridade do ordenamento jurídico, além de ofertar meios de participação na manifestação da instância judicial, ou seja, de influenciar a emanção do poder estatal, o que significa democracia. Estas idéias correspondem ao que se convencionou chamar amplamente de *instrumentalidade do processo* (DINAMARCO, 1994).

Sob esta noção, compreende-se que o devido processo legal e o acesso à justiça são os princípios dos quais derivam todos os demais princípios reitores do sistema processual: isonomia processual,

juiz natural, contraditório, ampla defesa, lealdade, proibição de provas ilícitas, livre investigação das provas, persuasão racional, fundamentação das decisões judiciais, publicidade dos atos processuais etc.. Sem tais postulados, o processo não seria justo, não seria adequado a propiciar o direito de cada um, segundo a ordem jurídica justa, donde decorre alta imbricação entre o *due process* e o princípio do acesso à justiça, este emanado sobretudo do art. 5º, XXXV, da CF (THEODORO JUNIOR, 2000, p. 23; NERY JUNIOR, 1997, p. 26-27, 38; CINTRA et al., 2001, p. 84).

Todos estes objetivos, constitutivos da ampla idéia de instrumentalidade, devem se desenvolver num *prazo razoável* (TUCCI, 1997, p. 84 e 85; FUX, 1996, p. 321). É que, mesmo se afastando qualquer resquício das teorias imanentistas do direito de ação¹, deve-se considerar que o autor pode ter razão, isto é, a lesão por ele afirmada pode ter ocorrido ou ser efetivamente potencial. Daí o porquê de comumente se afirmar que o ideal — por óbvio utópico — seria a pronta resposta ou mesmo a perene prevenção da lesão pelo sistema judicial, já que o Estado interdito a justiça privada.

Logo, qualquer processo impõe um dano colateral àquele autor que em verdade tem razão, embora o Estado ainda não o tenha declarado como tal, já que demanda tempo para dissipar as incertezas acerca das alegações de fato e de direito, formuladas pelas partes, pois é preciso assegurar o contraditório e a instrução.

Este “dano marginal em sentido estrito” ou “dano marginal de indução processual” ocorre porque, mesmo podendo obter o bem da vida através da execução, o autor já sofre prejuízo, derivado tão somente da demora do processo (ANDOLINA, apud MARINONI, 2003, p. 21).

Com efeito, “para que a justiça seja injusta não faz falta que contenha equívoco, basta que não julgue quando deve julgar!” (BIELSA e GRAÑA, apud TUCCI, 1999, p. 236).

A questão se torna mais dramática na medida em que se compreende que, se o autor tem razão, o dano é tanto maior quanto mais tempo demorar a resposta jurisdicional. Durante este lapso, ele estará privado do bem da vida objeto do processo, o qual estará indevidamente sob fruição do réu. Assim, é possível concluir que a demora do processo “sempre prejudica o autor que tem razão e beneficia o réu que não a tem” (MARINONI, 2003, p. 22).

Desta constatação decorre a necessidade de distribuir racionalmente entre as partes o ônus derivado do tempo do processo, sob

pena de ferir a igualdade processual, a qual não é meramente formal, como é cediço.

Esta distribuição pode ser alcançada por meio de mecanismos procedimentais adequados, pensados com vistas à natureza do litígio envolvido, lembrando que a perfeita adequação do procedimento ordinário a todo o tipo de lide é um mito (DORIA, 2000, p. 38-41) pois “a efetividade do processo é dependente, segundo os desígnios legislador, da aderência do procedimento à causa” (DINAMARCO, 1994, p. 291).

E o procedimento deve ser adequado inclusive para evitar ou reprimir qualquer expediente procrastinatório, qualquer formalismo inútil, qualquer invasão indevida ou desnecessária na esfera jurídica de quem quer que seja, bem como qualquer demora sem razão de ser, já que, do contrário, poder-se-á estar aumentando o grau de dano colateral, decorrente da demora natural do processo, que assim não estará servindo ao direito material (GUERRA FILHO, 2001, p. 79).

Desta maneira, o processo sem *dilações indevidas* se constitui em corolário dos princípios do devido processo legal e do acesso à Justiça. É uma idéia implícita. Se o processo não é efetivo, ou seja, se não é adequado ao alcance de uma justa solução — e não o será se der margem às dilações indevidas — logo, não será um processo “devido”, um processo “adequado”, apesar de legal.

Como se não bastasse, o Brasil é signatário da Convenção Americana dos Direitos Humanos, conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, que em seu artigo art. 8º, 1, prescreve a garantia de julgamento “dentro de um prazo razoável”, inclusive na órbita civil. Convém ressaltar que, com a publicação do Decreto nº 678, de 09 de novembro de 1992, o Pacto de San José foi promulgado e, finalmente, incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro pela porta larga do art. 5º, § 2º, da CF.

Com base nestas idéias, deve-se ter sempre em mente que um processo efetivo, além da obediência aos princípios tradicionalmente consagrados (contraditório, ampla defesa, juiz natural, igualdade etc.) deve observar um procedimento adequado a uma solução tão certa e rápida quanto possível (CINTRA et al., 2001, p. 82).

Não é difícil perceber que esta aspiração lógica do sistema processual leva ao constante choque entre os valores *verdade* e *celeridade*, embutidos nos princípios da *segurança* e da *economia*, conflito que deve ser resolvido pelo processo de ponderação, através do princípio da proporcionalidade, como visto anteriormente.

Em se tratando de “direito evidente”, este processo de ponderação deve ter em conta que, a demora do processo por si só provoca “lesão”. Entretanto, nenhuma lesão, potencial ou efetiva, deve escapar à apreciação jurisdicional, nos precisos termos do art. 5º, XXXV, da CF (FUX, 1996, p. 309).

4. PROVIMENTO EM RELAÇÃO À PARTE INCONTROVERSA DA DEMANDA: ANTECIPAÇÃO DE TUTELA OU JULGAMENTO ANTECIPADO PARCIAL?

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

Em leitura preliminar, buscando o sentido literal do dispositivo, verifica-se que o mesmo trata da chamada cumulação objetiva, ou de pedidos, prevista no art. 292 do CPC, como expediente a serviço da economia de custo e de tempo².

Em segundo passo, cumpre lembrar a diferença entre pedido e causa de pedir, residindo nesta o suporte fático daquele. Com efeito, pedido imediato é a providência pedida ao Estado-juiz, enquanto pedido mediato é o bem da vida almejado (ROCHA, 2001, p. 186-187; ALVIM, 2000, p. 130). A causa de pedir, por seu turno, engloba os fatos (causa de pedir remota) e as conseqüências jurídicas decorrentes de seu contraste com o ordenamento jurídico (causa de pedir próxima) (SANTOS, 1999, p. 346).

Destarte, a incontrovérsia acerca do pedido acontece quando há o reconhecimento de sua procedência por parte do réu³, de forma total ou parcial, mas sempre expressa (THEODORO JUNIOR, 2000, p. 282). O fenômeno é pouco freqüente, até porque não raro é o desejo do réu em se beneficiar do tempo do processo, mantendo em suas mãos o bem da vida objeto da pretensão autoral, mesmo ciente da sua procedência.

Mudando o enfoque, verifica-se que o autor pode, ao invés de cumular os pedidos, formulá-los em ações separadas. Somente cumulará se lhe for conveniente do ponto de vista econômico, inclusive temporal.

Ora, imagine-se que o autor ajuizasse duas ações, cada qual com o seu pedido e, na primeira, o réu reconhecesse a procedência, enquanto na segunda não o fizesse. O primeiro processo seria imedi-

atamente extinto com resolução do mérito, por força do art. 269, II, do CPC, ao passo que o segundo prosseguiria. Não admitir a imediata solução com relação ao pedido cumulado incontroverso seria prestar desserviço à economia processual, justamente o valor que o legislador teve em mente ao permitir a cumulação objetiva.

Noutros termos, quiçá mais claros: o mandamento de economia processual seria melhor obedecido quando o autor não cumulasse os pedidos, o que configuraria rematado absurdo. "A cumulação de pedidos seria um atentado contra a tempestividade da tutela jurisdicional!" (MARINONI, 2003, p. 157).

Eis a lógica da regra⁴.

O mesmo vale para a hipótese de cumulação de dois ou mais pedidos, quando parte de algum deles⁵, ou partes de alguns deles⁶, ou ainda partes de todos eles⁷ são reconhecidas procedentes pelo *ex adverso* (ou seja, não são controvertidas). É o que diz o texto legal.

Todavia, é lícito supor que o legislador evidentemente disse menos do que pretendia pois, se é possível a "tutela antecipada" quando são incontroversas partes de pedidos cumulados, pela mesma razão deve-se admitir a mesma solução quando parte de pedido não cumulado é reconhecida procedente pelo réu.

Aqui, convém invocar a lição de Dinamarco (2003, p. 100-101) a respeito de objeto composto e objeto decomponível do processo. O objeto do processo vem a ser o mérito, a pretensão posta em juízo. É composto quando é integrado por mais de uma pretensão⁸ e decomponível quando a pretensão versa acerca de bens quantificáveis⁹. Em qualquer das situações, sendo possível ao réu não controverter sobre parcela da pretensão ou sobre alguma ou algumas das pretensões, é lícito ao juiz acolher em parte uma delas ou acolher apenas algumas, podendo fazê-lo antecipadamente.

Logo, a medida deve ser observada tenha ou não havido cumulação objetiva, quando haja controvérsia parcial a respeito do pedido ou de pedidos cumulados (FERREIRA, 2002, p. 211; BEDAQUE, 2003, p. 331; DINAMARCO, 2003, p. 94, CÂMARA, 2003, p. 455).

Questionamento interessante é o de saber se a incontrovérsia dos *factos* autoriza a "tutela antecipada", nos mesmos moldes do dispositivo.

Dizer estritamente que o *pedido* é incontroverso é afirmar que houve reconhecimento da sua procedência, o que leva a uma verdadeira vinculação do juízo, na medida em que tal fenômeno é, na verdade, hipótese de autocomposição da lide (MOREIRA, 1996, p. 111).

Não há margem de discricionariedade judicial. O juiz pode (deve) apenas verificar se os requisitos de capacidade e forma foram obedecidos para que se tenha como reconhecido o pedido ou parte dele, ou um dos pedidos cumulados ou parte de algum(ns) deles ou, ainda, partes de todos eles.

Algo diferente acontece quando a incontrovérsia não atinge expressamente o pedido, mas a área da causa de pedir remota, ou seja, são tidos por incontroversos apenas os fatos constitutivos do direito do autor.

Na realidade, o que efetivamente ocorre não é a controvérsia acerca dos fatos em si mesmos considerados. Estes se situam no mundo físico e podem ou não ter acontecido. O debate, assim como a prova, recai sobre as *alegações* de fato. A afirmação de que se busca a verdade sobre os fatos nada mais significa do que buscar a *certeza* a respeito da ocorrência ou não desses fatos, isto porque enquanto “la verdad es: la certeza se tiene”. Não podendo o juiz se fazer presente no momento da ocorrência dos fatos, nada mais a ele resta do que perseguir a certeza que seja suficiente ao seu convencimento, a respeito de como e se os mesmos ocorreram (CAMBI, 2001, p. 74).

Com estas ressalvas, feitas apenas com o intuito de assegurar o rigor metodológico, mais uma vez, em virtude da didática, recorreremos à linguagem do Código, que sempre faz referência à incontrovérsia ou à veracidade presumida a respeito de fatos, e não de alegações.

Pois bem. Diz-se revel aquele que deixou fluir *in albis* o prazo de defesa (ALVIM, 2000, p. 220).

Quando o réu não comparece para se defender (revelia propriamente dita), é preciso ter em mente os riscos de se decidir sem considerar as dificuldades naturais, decorrentes do baixo nível cultural e econômico de grande parte da população brasileira, para que haja cuidadosa aplicação dos efeitos da revelia, definidos no art. 319 do CPC (DORIA, 2000, p. 75-76).

O mesmo não se dá quando o réu comparece e não se defende, ou o faz sem impugnar todos os fatos alegados pelo autor ou, ainda, apresentando contestação genérica. Aqui ele assume uma postura “ativa” (MARINONI, 2003, p. 108). Fica patente que ele simplesmente não responde, apesar de poder fazê-lo.

Em ambas as hipóteses, é evidente que o efeito natural de presunção de veracidade dos fatos articulados pelo autor (CPC, 319) é limitado pela natureza dos direitos envolvidos, ou por restrição quanto à prova do ato (CPC, 320, II e III). Entretanto, dentro dos referidos

limites, a presunção decorre justamente da incontrovérsia diante dos fatos ou da dispensa de prova, autorizando o julgamento de plano, porque não há mais necessidade de dilação probatória (CPC, 330, II). Inclusive, dito julgamento não deve ser entendido como “antecipado”, mas tão somente como *oportuno*, já que sem qualquer razão seria a pesquisa com base em provas dos fatos alegados, se estes não foram impugnados.

Se o réu comparece e contesta, mas o faz por negativa geral, a resposta é inepta e ele não se desincumbe do ônus da impugnação especificada dos fatos articulados na inicial, salvo se permitida a contestação genérica (CPC, 302). Os fatos são tidos por incontroversos, mas não incidem os efeitos da revelia pois houve resposta. O que ocorre é a dispensa de prova, consoante arts. 302 e 330, I, do CPC. A não ser assim, ficaria sem qualquer consequência prática a proibição de contestação genérica (MARINONI, 2003, p. 119).

Se o réu, intimado a prestar depoimento pessoal e devidamente advertido nos termos do art. 343, § 1º, do CPC, não comparece ou comparece e se recusa a depor, opera-se a presunção de veracidade, fulminando-se a controvérsia sobre os fatos até então existente (CPC, 343, § 2º). Por óbvio, valem as ressalvas quanto a direitos indisponíveis.

O mesmo se diga quando há confissão real, extrajudicial ou não, manifestada por ocasião da resposta ou do depoimento pessoal, ou mesmo em outra fase. Se o fato é confessado, não há mais controvérsia relevante a seu respeito (CPC, 334, 334, II e 348).

Algo semelhante se dá quanto a fatos notórios ou em favor dos quais milita presunção legal absoluta¹⁰ de existência ou de veracidade, não sendo fundada qualquer controvérsia sobre eles, já que a prova aqui também é dispensada (CPC, 334, I e IV) (FUX, 1996, p. 313).

No que diz com a defesa indireta de mérito ou exceção substancial indireta, esta ocorre quando, admitindo os fatos constitutivos do direito do autor, o réu argüi outros, impeditivos, modificativos ou extintivos deste direito (CINTRA et al., 2001, p. 274). Vale dizer, os fatos constitutivos restam incontroversos, repassado-se a controvérsia para os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos.

Ora, em qualquer das situações anteriores, exceto a última (defesa indireta de mérito), se os fatos confessados, presumidos de forma absoluta, ou não impugnados¹¹ são todos aqueles relevantes para o fundamento do pedido, o juiz está autorizado a proferir julgamento (CPC, 330). É que o pedido aí estará “maduro”, já que nada mais

impede a sua apreciação, pois é possível exercer sobre ele cognição exauriente, independentemente de instrução probatória.

O problema surge quando resta controvérsia fática parcial, ou seja, quando, apesar da existência de fatos não controvertidos, isto não basta para a apreciação total do(s) pedido(s).

Suponha-se que não haja controvérsia sobre alguns dos fatos que dão suporte ao pedido decomponível, ou sobre todos os fatos que sustentam algum(ns) dos pedidos cumulados. Neste caso, tanto a parcela do pedido decomponível, quanto um ou mais dos pedidos cumulados, correspondentes aos fatos incontroversos, estariam “maduros” para julgamento. Assim, seria injusto postergar a entrega ao autor do bem da vida por ele pretendido, ou parcela deste, relacionado a esta parte incontroversa da demanda.

Raciocinar de forma diferente é esquecer que o processo deve se estruturar de forma adequada a permitir o acesso à Justiça em tempo razoável, sem dilações indevidas, e que o superprincípio da proporcionalidade impõe a escolha do meio mais adequado e que menor sacrifício possível imponha ao interessado.

Doutra banda, negar a definição parcial do litígio, dados estes pressupostos de parcial incontrovérsia fática, é impor ao autor, unilateral e exclusivamente, todo o ônus do tempo do processo.

Por óbvio, a incontrovérsia fática não conduz automaticamente ao acolhimento do pedido, o que ficará a cargo do juiz, segundo a velha lição espelhada nos vetustos brocardos *jura novit curia* e *narra mihi factum, dabo tibi ius*. Não fosse assim, seria sem razão a diferença entre confissão e reconhecimento jurídico do pedido (MARINONI, 2003, p. 226).

Note-se bem: se o réu não entrega ao autor a parcela do bem da vida perseguido, mesmo estabelecendo controvérsia apenas parcial a respeito dos fatos constitutivos do direito autoral, ele está agindo com manifesto intuito protelatório, acobertando-se na esperança de demora do processo e, assim, aumentando indevidamente o “dano marginal” ocasionado ao autor por tal fenômeno (FERREIRA, 2002, p. 205).

Em todas as hipóteses dadas, onde há julgamento parcial do pedido ou total de algum(ns) dos pedidos cumulados, a cognição a respeito dos fatos que lhe dão suporte é exauriente ainda que parcial, em face da incontrovérsia parcial (MARINONI, 2003, p. 146).

Em síntese, a cognição admite duas classificações, conforme o corte abstrato com que se examine o fenômeno. No plano *vertical*, verifica-se a *intensidade* de investigação judicial, sendo *sumária* ou

exauriente, a depender da profundidade da análise. No plano *horizontal*, o critério é de *extensão* da matéria que é objeto da apreciação, sendo *total* ou *parcial*, a depender do grau que atinja em relação ao que fora posto em juízo (WATANABE apud DIDIER, 2003, p. 153).

Ora, se a lei instituiu a antecipação dos efeitos da tutela, à luz de cognição sumária e, por vezes, total (*caput* do art. 273 do CPC), justamente com o objetivo de melhor proteger o autor que demonstra evidência de seu direito, retirando de si e melhor distribuindo o ônus do tempo do processo, como não admitir solução similar quando é possível a cognição exauriente parcial?

Por outro lado, interessa saber se, tomada com base em cognição exauriente, tal decisão constituiria sentença ou interlocutória e se, conforme o caso, de fato se trataria de concessão de tutela antecipada ou verdadeiro julgamento “antecipado” parcial (do mérito).

No que tange à primeira indagação, não há maiores dificuldades. O próprio código é expresso ao tipificar os atos do juiz com base no simples critério de força extintiva do ato: se extingue o processo, é sentença; se não, é interlocutória (CPC, 162, §§ 1º e 2º). Não é o conteúdo do ato que o classifica, mas a sua posição no *iter* procedimental.

Quanto à segunda inquietação, as coisas são um pouco mais complicadas.

No Brasil, assim como ocorria tranqüilamente na Itália até tempos recentes, vige (ou vigia?) o princípio chiovendiano da unidade e unicidade da sentença (DORIA, 2000, p. 93). A sentença é uma só e o juiz somente nela resolve o mérito.

Realmente, a sentença é uma só. Constitui, no próprio dizer do Código, o ato judicial que põe termo ao processo (CPC, 162, § 1º). Para evitar dúvidas, a lei disse que assim será, ainda que não apreciado o mérito.

Mas, veja-se bem: o ato do juiz que puser fim ao processo será *sentença*, ainda que não solucione o mérito. A lei não diz que o ato que solucione o mérito porá fim ao processo. São coisas diversas.

De efeito, é óbvio que, se o mérito é totalmente resolvido, há composição total da lide e nada mais há a fazer naquela relação processual, salvo o recurso. Todavia, não há razão plausível para supor que uma decisão interlocutória não possa conter resolução parcial do mérito. Aliás, o ordenamento já convivia com situações que tais, a exemplo de homologação de acordo parcial e indeferimento *in limine* da reconvenção, ou de algum dos pedidos cumulados, em função de prescrição ou decadência (CPC, 295, IV, e 269, III e IV) (DINAMARCO, 2003, p. 98-99; DIDIER et al., 2003, p. 73).

Ora, o julgamento antecipado da lide (CPC, 330) decorre justamente da possibilidade de cognição exauriente total, sem que haja necessidade de dilação probatória. Noutros termos, o juiz julgará antecipadamente o mérito, na forma do art. 330 do CPC, se houver um “amadurecimento” pleno e “prematuro” da causa para julgamento, lhe possibilitando, de plano, apreender e valorar toda a realidade fática e jurídica posta à sua apreciação.

Que *razão* então afastaria a utilização do mesmo mecanismo em caso de haver este idêntico “amadurecimento”, diferindo apenas por tocar a parte da demanda e não a toda ela? Vale dizer, quando houvesse cognição exauriente parcial?

A única explicação seria um puro dogma, o da unidade e unicidade da sentença, o qual, além de já se revelar combalido no plano do direito comparado, não convive bem com os princípios constitucionais que regem o nosso processo, por não permitir uma adequada distribuição do ônus do tempo na relação processual. “Uma fruta madura não precisa esperar o amadurecimento de uma outra, ainda verde, para ser colhida” (DIDIER et al., 2003, p. 70).

Não há razoabilidade em fazer com que o autor espere até o final julgamento (que poderá levar anos) para obter aquela parcela que o próprio réu, por silêncio ou atitude, entende lhe ser devida, já que sobre ela não paira mais controvérsia. Seria exigir indevido sacrifício do autor — o de suportar, desnecessária e exclusivamente, o ônus da demora do processo — o que colide frontalmente com o princípio da proporcionalidade e com a sua derivação, a igualdade processual.

A mesma cognição exauriente exigida na sentença pode ser alcançada em momento anterior a respeito de determinados pontos. A diferença não estaria no plano vertical da cognição, mas tão somente no plano horizontal, diferindo pela parcialidade da cognição neste momento anterior, em contraste com a exigência de cognição total na sentença. A diferença, como se vê, não é de profundidade, mas de extensão.

Com isto, se abre uma outra relevante discussão.

Sendo exauriente a cognição, diferindo tais situações do julgamento antecipado pelo simples fato de não haver “amadurecimento” da causa em sua totalidade, mas apenas em parte dela, a decisão interlocutória que declara o direito do autor, antes do momento da sentença deve ter eficácia executiva, da mesma forma que a decisão que concede a tutela antecipada, digamos, comum, já que de nada adiantaria ter reconhecido o direito sem que se pudesse fazer valê-lo.

Assim, é de se indagar: esta decisão, sobretudo nos casos em que houvesse perfeita subsunção ao novel § 6º, estaria atrelada aos requisitos previstos no *caput* e no § 2º do art. 273?

Ora, quanto aos requisitos do *caput* que informam a cognição sumária na tutela antecipada – “verossimilhança da alegação”, baseada em “prova inequívoca”¹² – resta evidente que são dispensáveis, pela simples constatação de que aqui a cognição é exauriente. O julgador não se convence da probabilidade ou da verossimilhança da alegação, com base nalgum elemento de prova, mas adquire certeza sobre ela, a partir da inexistência de controvérsia (DORIA, 2000, p. 94; DIDIER et al., 2003, p. 75; CAMBI, 2001, p. 67).

Quanto ao *periculum in mora* previsto no inciso I, este é evidente diante da certeza de agravamento do “dano marginal”, derivado da indevida postergação de realização do direito, que já se sabe realmente pertencer ao postulante.

Ao que parece, e como já fora adiantado, o fundamento primeiro residiria no intuito protelatório do réu (inciso II) em não entregar ao menos parte do bem da vida pretendido pelo autor, mesmo não controvertendo sobre a parcela correspondente da demanda, (FERREIRA, 2002, p. 206).

No que toca à exigência de reversibilidade do provimento, aqui não há razão de ser para tal limitação. Se a operação mental é a mesma feita na sentença, divergindo apenas quanto à extensão da cognição, não há porque se temer eventual irreversibilidade, assim como não se teme quando da prolação da sentença, mesmo que sujeita a apelo com efeito unicamente devolutivo. Se não se exige irreversibilidade da sentença sujeita a apelação com efeito somente devolutivo, isto não deve ser exigido nesta modalidade de decisão. Observe-se que o risco de erro é muito remoto, diante da enorme probabilidade de acerto (DINAMARCO, 2003, p. 97).

Na verdade, todas estas questões restam aclaradas se se compreender tal decisão na perspectiva de uma resolução antecipada e parcial do mérito, verdadeira parcela de um julgamento total fragmentado ou, por outras palavras, um julgamento antecipado parcial.

O mesmo se diga quanto a expresso requerimento do autor no sentido de logo se conhecer da parcela incontroversa. Isto fica implícito quando do ajuizamento. Para julgar antecipadamente ou ao fim da instrução, o juiz não precisa que o autor reavive o pedido (princípio do impulso oficial, CPC, 262). Para julgar parcialmente, em etapas, da mesma forma não há necessidade de especial atividade do interessado (DIDIER et. al., 2003, p. 77).

Portanto, é possível concluir com Dinamarco (2003, p. 96) e Bedaque (2003, p. 332) no sentido de que o legislador foi demasiadamente tímido.

Entretanto, estes doutrinadores entendem que a timidez vale. Isto é, preconizam que a decisão tomada com base na incontrovérsia constitui tutela antecipada, e não a suspensão do julgamento do mérito, já que esta “não foi a opção do legislador”, embora fosse desejável (DINAMARCO, 2003, p. 96, 99; BEDAQUE, 2003, p. 367).

Já para Fredie Didier Jr. (2003, p. 72) e para Alexandre Câmara (2003, p. 455-456), o dispositivo está mal situado pois não se trata de antecipação dos efeitos da tutela, mas de concessão da própria tutela, nos limites possibilitados pela não controvérsia parcial, verdadeiro julgamento fragmentado do mérito.

Semelhante é o pensamento de Marinoni (2003, p. 153) que, embora continue chamando a medida de “tutela antecipatória”¹³, a compreende como “uma espécie de julgamento antecipado parcial do pedido, que pode ser feito a partir do art. 273, § 6º, do CPC”.

Para Didier (2003, p. 71), cai por terra o dogma da unidade e da unicidade da sentença, concebido como exigência daquele ato — e só ele — conter toda a solução da lide, conclusão a que chega também Alexandre Câmara (2003, p. 456), embora sem se referir expressamente ao dogma.

Dinamarco (2003, p. 96), embora louve Marinoni (2003) por esta percepção, desejando que “os tribunais o ouçam”, insiste que o direito brasileiro ainda não comporta as “cisões do julgamento da causa”, o que não parece correto, sendo acertada a corrente liderada pelo pioneiro Marinoni.

Resta indagar se tal decisão, que resolve parcialmente o mérito, faz coisa julgada material. Didier (2003, p. 77-78) entende que sim, baseado no fato de que a cognição aqui é exauriente, nada significando o fato de se tratar de interlocutória. Já Marinoni (2003, p. 153, 227) entende que não, embora reconheça a aptidão da decisão para tanto, pois a atribuição da imunização a determinado ato, característica da coisa julgada material, é opção política do legislador, e ele aqui não optou por atribuir este efeito a esta decisão, a qual poderá ser até mesmo revogada pelo próprio juiz. Dinamarco (2003, p. 91-92), por seu turno, entende que, em caso de incontrovérsia parcial de *direito* (transação, renúncia ou reconhecimento jurídico do pedido parciais), o Código já convive com a homologação judicial deste ato dispositivo parcial, prosseguindo o processo para dirimir o que restou do

conflito. Para ele, este ato homologatório, embora consista em interlocutória, tem eficácia de sentença, constitui-se em título executivo, se for o caso, e faz coisa julgada material. O mesmo não ocorreria quando a incontrovérsia parcial se dá apenas no plano dos *fatos*. Perceba-se que aqui haveria heterocomposição e lá, autocomposição, o que pode sugerir um critério de sistematização.

A razão parece estar com Marinoni, embora sejam desejáveis amplas alterações em todo o sistema. Por exemplo, imagine-se que a decisão faça coisa julgada material. Como interlocutória que é, comporta agravo e não apelação. Assim, poderia ser exercido o juízo de retratação, o que não seria possível se o mérito tivesse sido resolvido totalmente na sentença. Isto equivaleria a criar uma sentença de mérito passível de retratação, o que por si só não seria heresia, já que o art. 295, IV, c/c arts. 269, IV e 296, todos do CPC, já prevêm tal fenômeno¹⁴. Mas é evidente que a previsão de recursos diversos (agravo e apelação) para atos de conteúdo semelhante (julgamento parcial do mérito e sentença de mérito) pode levar a outras fortes incongruências, que se mostrem inconciliáveis. Basta pensar na existência ou não de efeito suspensivo como regra, nos diferentes prazos e formas de interposição, no cabimento ou não de outros recursos, como embargos infringentes etc.. De mais a mais, o art. 467 (ainda) se refere exclusivamente ao ato “sentença” como aquele que pode alcançar a eficácia de coisa julgada.

As idéias até agora expostas devem ser aproveitadas *cum grano salis* em se tratando de exceção substancial indireta pois, quando é manejada esta espécie de defesa, há cognição exauriente imediata sobre os fatos constitutivos do direito afirmado pelo autor, diante da admissão dos mesmos como incontrovertidos, pelo réu.

Porém, alegando o requerido outros fatos, os quais impedem, modificam ou extinguem o direito do autor, caso este os impugne, quando da providência preliminar determinada no art. 326 do CPC (réplica)¹⁵, a controvérsia recai agora sobre os mesmos. Nesta situação, normalmente a única cognição imediata possível sobre estes fatos que compõem a defesa é de caráter sumário. Assim, nada impede que o juiz verifique as alegações e a prova documental até então produzida para formular um juízo de valor acerca da defesa indireta de mérito levantada. Se for possível a cognição total e exauriente, o caso é de julgamento total antecipado (CPC, 330, I)¹⁶. Caso contrário, será lícita a concessão — agora, sim — de tutela antecipada, a requerimento do autor, dès que a exceção se mostre infundada, haja perigo

de dano e o provimento se mostre reversível (porque aí se trata de verdadeira tutela antecipada).

A esta técnica Marinoni, com base na doutrina e no direito positivo italiano, denomina “condenação com reserva da exceção substancial indireta infundada”, com lastro na idéia de que o tempo do processo deve ser suportado pela parte que precisa da instrução (2003, p. 31-66).

5. TUTELA ANTECIPADA, RESOLUÇÃO PARCIAL DO MÉRITO E INEFICÁCIA IMEDIATA DA SENTENÇA: SISTEMA (?) RECURSAL

Desde a introdução da tutela antecipada genérica no ordenamento processual brasileiro, por força da Lei nº 8.952, de 13 de dezembro de 1994, que modificou a redação do art. 273 do CPC, a doutrina aponta a incoerência do sistema em manter a regra do duplo efeito da apelação (DORIA, 2000, p. 62-64; DIDIER et al., 2003, p. 155; TUCCI, 2002, p. 105-106).

Realmente, a tutela antecipada é passível de concessão por meio de decisão interlocutória, sujeita, portanto, ao recurso de agravo, o qual só admite o efeito suspensivo (ou ativo) por exceção (CPC, 527, III).

De fato, emergindo suficiente grau de certeza a respeito do direito alegado pelo autor, não seria lícito fazê-lo suportar sozinho o ônus da demora do processo. Daí a possibilidade de outorga do bem da vida, antes do momento “oportuno” (diríamos, “tradicional”), qual seja, o julgamento, a sentença.

Entretanto, sendo a decisão que concede a tutela antecipada sujeita a agravo, com excepcional efeito suspensivo (ou ativo), tal interlocutória, que é provisória e calcada em juízo de probabilidade, teria maior eficácia do que a própria sentença, a qual se pretende definitiva e tem por lastro cognição total e exauriente, pois o ato final, de regra, está sujeito ao apelo com duplo efeito, devolutivo e suspensivo (CPC, 520, *caput*) (DIDIER et al., 2003, p. 155; MARINONI, 2003, p. 175).

O problema se expande se tomada em consideração a idéia de que os princípios constitucionais permitem o fracionamento da resolução do mérito, o que ficou apenas explicitado pelo advento do § 6º do art. 273, do CPC, como visto no capítulo anterior.

A incoerência é manifesta! Além de atribuir maior eficácia a uma decisão provisória, interlocutória, do que a uma sentença, o sis-

tema termina por reforçar o “dano marginal” decorrente do processo, ao inviabilizar a boa distribuição do tempo necessário para a tramitação do recurso.

Ora, se a sentença concluiu que o direito cabe a uma das partes, por que fazê-la suportar o ônus do tempo de tramitação do apelo?

Tal estado de coisas leva à ineludível conclusão, facilmente perceptível pelos que militam no meio forense, de que a verdadeira sentença é a que é proferida pelo tribunal (e, às vezes, pelos tribunais superiores), consistindo o primeiro grau apenas um rito de passagem e a sua sentença uma mera folha de papel ...

Disto decorreu a necessidade de expediente criativo para melhor consecução dos princípios constitucionais: a chamada tutela antecipada final¹⁷. Por esta técnica, o juiz concede a tutela antecipada ao final do processo, fundado na lógica de que, se poderia concedê-la *in limine*, com base em juízo provisório de probabilidade, derivado de cognição sumária, com mais razão pode fazê-lo no momento em que se acha pronto para julgar, isto é, quando alcança a cognição exauriente necessária para formar juízo de certeza sobre a demanda (DORIA, 2000, p. 103-104).

É curioso observar que este tipo de tutela somente poderia ser classificada como “antecipada” em relação ao trânsito em julgado, diante da possibilidade de recursos. Porém, à falta de terminologia melhor, a doutrina acolheu o paradoxal apelido.

Convém destacar que o objetivo manifesto de conferir maior efetividade à sentença seria atingido sem tal “criatividade” com a admissão do efeito suspensivo como regra para a apelação. Melhor atendidos estariam os princípios constitucionais, diante da racional distribuição do tempo do recurso, recaindo o ônus sobre aquele que depende do provimento do apelo e não sobre quem já foi declarado com razão pelo primeiro grau.

Aliás, é instigante imaginar que a Constituição quer um maior prestígio da imensa e capilar rede de juízos de primeiro grau, mais próximos do contexto fático das causas. É lícito supor que o princípio democrático compreende fluxo ascendente do poder, da base das instâncias decisórias para o topo da estrutura do Estado. O fluxo estabelecido desta forma propicia maior debate sobre as questões, é mais permeável às expectativas normativas da sociedade e leva, em tese, a uma melhor qualidade da decisão final, a qual, assim, certamente é mais legítima. Nesta ordem de idéias e sem a pretensão de esgotar o assunto, onde estaria a constitucionalidade do efeito suspensivo como regra, diante do princípio democrático?

Tristemente se constata que o legislador não acatou a sugestão constante do anteprojeto que resultou na Lei nº 10.352, de 26.12.2001, o qual pretendia dar a seguinte redação ao art. 520 do CPC:

Art. 520. A apelação terá somente efeito devolutivo, ressalvadas as causas relativas ao estado e à capacidade das pessoas e as sujeitas ao duplo grau de jurisdição (art. 475).

Parágrafo único. Havendo perigo de lesão grave e de difícil reparação e sendo relevante a fundamentação, poderá o juiz, a requerimento do apelante, atribuir à apelação, total ou parcialmente, também o efeito suspensivo (em decisão irrecorrível).

Findou-se com o acréscimo do inciso VII ao citado art. 520, assim redigido:

Art. 520. A apelação será recebida em seu efeito devolutivo e suspensivo. Será, no entanto, recebida só no efeito devolutivo, quando interposta de sentença que:

[...]

VII - confirmar a antecipação dos efeitos da tutela;

Ora, nada se resolveu. Continua podendo o juiz ser formalista para escapar ao formalismo, concedendo a tutela antecipada imediatamente antes de proferir sentença e confirmando-a logo em seguida no corpo desta ou, se preferir, invocando a economia processual, conceder a tutela antecipada na própria sentença, sempre independentemente de tê-la negado ao início do processo, tese já prestigiada pelo Superior Tribunal de Justiça (REsp. 279.251-SP).

Em qualquer destes casos, a apelação, naquilo que disser respeito ao objeto do provimento “antecipado”, terá efeito meramente devolutivo (FERREIRA, 2002, p. 93; DINAMARCO, 2003, p. 148).

Mutatis mutandis, o mesmo se diga em relação à tutela inicialmente concedida e, ao final, revogada. Não faria sentido permitir que o autor que obteve provimento antecipado liminar permanecesse desfrutando deste quando o juiz, agora, tem certeza do desacerto anterior, dentro da linha de raciocínio aqui estabelecida, com base na necessária busca por uma melhor distribuição do tempo do processo (DIDIER et al., 2003, p. 158).

Logo, também aqui é possível concluir que o legislador disse menos do que pretendia, sob pena de, em assim não se entendendo, ferir ainda mais a lógica pressuposta do sistema.

6. CONCLUSÕES

Após as considerações desenvolvidas, é possível chegar às seguintes conclusões:

Os princípios jurídicos são supernormas, vinculantes, cogentes, encontráveis principalmente no topo da hierarquia normativa do Direito positivo, ou seja, na Constituição, que cumprem a função de orientar a criação, interpretação e aplicação das normas inferiores, sejam subprincípios ou regras.

O processo deve ser não só regulado por lei, como adequado a servir de garantia de acesso à “ordem jurídica justa”, residindo aí as noções de devido processo legal e acesso à justiça.

O direito a um procedimento adequado a legitimar a decisão é corolário do devido processo legal e do acesso à justiça.

O direito a um julgamento justo e em tempo razoável, através de um processo desenvolvido sem dilações indevidas, integra a noção de devido processo legal e se coaduna com o princípio do acesso à justiça.

Todo processo demanda tempo e, desta maneira, sempre prejudica o autor que tem razão, produzindo um dano colateral, derivado diretamente da demora necessária ao seu desfecho.

É um imperativo da igualdade processual uma racional distribuição do tempo do processo, para reduzir o potencial deste “dano marginal”.

A melhor distribuição do tempo do processo advém de mecanismos procedimentais adequados às exigências da lide posta em juízo.

Estes mecanismos implicam choque entre os valores verdade e celeridade, havendo necessidade de ponderação entre os princípios da segurança e da economia.

O § 6º do art. 273 do CPC, acrescentado pela Lei nº 10.444/2002, deve ser interpretado extensivamente, para abarcar as hipóteses de parcial reconhecimento jurídico da procedência de pedido não cumulado.

Os princípios constitucionais que regem o processo exigem a possibilidade de solução imediata de parte da demanda, quando houver controvérsia parcial, quer no plano do direito, quer no plano dos fatos, o que ficou explicitado com o advento do citado § 6º.

Tanto no caso do referido § 6º do art. 273, do CPC, quanto nas demais hipóteses de solução imediata da parte incontroversa da demanda, a cognição é exauriente, embora parcial.

Em todos estes casos, não se trata de tutela antecipada, mas de verdadeira resolução parcial do mérito, ou julgamento antecipado parcial, com o que cai o dogma da unidade e unicidade da sentença no Brasil. De tal arte, não são exigidos para esta decisão os clássicos requisitos de requerimento específico, *periculum in mora*, reversibilidade da medida e “verossimilhança das alegações” derivada de “prova inequívoca”, previstos para a tutela antecipada.

A decisão que resolve parcialmente o mérito é interlocutória e fulcrada em cognição exauriente, com eficácia executiva imediata, mas não faz coisa julgada material.

No caso de controvérsia acerca da exceção substancial indireta, poderá ser concedida tutela antecipada, com vistas a proteger o provável direito emanado dos fatos constitutivos alegados pelo autor, dê que se revele infundada a mencionada defesa, exigindo instrução probatória sobre os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor, alegados pelo réu, atendidos os demais requisitos da antecipação da tutela.

A possibilidade de concessão de antecipação dos efeitos da tutela, inclusive na sentença (tutela antecipada final), não convive harmoniosamente com a regra da apelação com duplo efeito. A incoerência deveria ser sanada com a adoção do efeito suspensivo como exceção.

O art. 520, VII, do CPC, acrescentado pela Lei nº 10.352/2001, deve ser interpretado extensivamente, para abarcar as situações em que a tutela antecipada seja concedida ou revogada na sentença.

Referências

ALEXY, Robert. *Colisão e Ponderação como Problema Fundamental da Dogmática dos Direitos Fundamentais*. Palestra proferida na Fundação Casa de Rui Barbosa, Rio de Janeiro, em 10.12.98, cópia mimeo.

ALVIM, J. E. Carreira. *Elementos de Teoria Geral do Processo*. 7. ed. rev. ampl. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

ALVIM, Luciana Gontijo Carreira. *Tutela Antecipada na Sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

AMARAL SANTOS, Moacyr. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. 21. ed. rev. atual. por Aricê Moacyr Amaral Santos. São Paulo: Saraiva, 1999, v. 1.

BARBOSA, Rui. *Oração aos Moços*. Salvador: Tribunal de Justiça do Estado da Bahia (Gráfica do Instituto Pedro Ribeiro de Administração Judiciária - IPRAJ), 1992.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. 3. ed. rev. ampl. São Paulo: Malheiros, 2003.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

BRASIL. *Código de Processo Civil*. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 25 maio 2003.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 25 maio 2003.

_____. Decreto nº 678, de 21 de outubro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 25 de maio de 2003.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Tutela antecipada. Sentença. Embargos de declaração. A tutela antecipada pode ser concedida na sentença ou, se omitida a questão anteriormente proposta, nos embargos de declaração. Art. 273 do CPC. Recurso conhecido e provido. Recurso Especial n. 279.251-SP. Recorrente: Luiz Antonio Cerveira de Mello Pinto e outros e Recorrido: Usina Santa Lídia S/A. Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar. 15 de fevereiro de 2001. Disponível em <<http://www.stj.gov.br/webstj>>. Acesso em : 28 de maio de 2003.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. 8. ed. rev. atual. 2ª tir. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2003, v. 1.

CAMBI, Eduardo. Verdade processual objetivável e justiça da decisão. In _____. *Direito Constitucional à Prova no Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. Cap. 3, p. 57-79.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo et al.. *Teoria Geral do Processo*. 17. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2001.

COUTURE, Eduardo J.. *Introdução ao Estudo do Processo Civil*. Tradução de Mozart Victor Russomano. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. Título original: *Introducción al Estudio del Derecho Procesal Civil*.

DIDIER JUNIOR, Fredie et al.. *A Nova Reforma Processual*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. 4. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 1994.

_____. *A Reforma da Reforma*. 5. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2003.

DORIA, Rogéria Dotti. *A Tutela Antecipada em Relação à Parte Incontroversa da Demanda*. São Paulo: Saraiva, 2000.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de Princípios Constitucionais*. 2. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERREIRA, William Santos. *Aspectos Polêmicos e Práticos da Nova Reforma Processual Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

FUX, Luiz. *Tutela de Segurança e Tutela da Evidência: fundamentos da tutela antecipada*. São Paulo: Saraiva, 1996.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Introdução ao Direito Processual Constitucional*. Porto Alegre: Síntese, 1999.

_____. *Processual Constitucional e Direitos Fundamentais*. 2. ed. rev. ampl. São Paulo: Celso Bastos, 2001.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. de João Baptista Machado. 2. ed. brasileira. São Paulo: Martins Fontes, 1987. Título original: *Reine Rechtslehre*.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Antecipatória e Julgamento Antecipado: parte incontroversa da demanda*. 5. ed. rev. atual. ampl. da obra *Tutela Antecipada, Julgamento Antecipado e Execução Imediata da Sentença*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. 18. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 4. ed. rev. aument. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

ROCHA, José de Albuquerque. *Teoria Geral do Processo*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Manual de Direito Processual Civil*. 7. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 1999, v. 1.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 34. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, v. 1.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *Garantia do Processo Sem Dilações Indevidas*. In: _____. (Coord.). *Garantias Constitucionais do Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. *Lineamentos da Nova Reforma do CPC*. 2. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. *Tempo e Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

¹ Pelas quais este seria o próprio direito material em reação.

² Sobre tal espécie de cumulação, *vide* AMARAL SANTOS, 1999, p. 191; SANTOS, 1999, p. 358.

³ Ou pelo autor, quando se tratar de reconvenção ou pedido contraposto. Por motivos didáticos, abstraem-se tais possibilidades, ficando registrada a ressalva.

⁴ Exemplo: ação indenizatória com pedidos cumulados de lucros cessantes e danos emergentes, onde o réu reconhece a procedência somente quanto aos danos.

⁵ No mesmo exemplo anterior, o réu reconhece a procedência somente quanto aos danos, porém em *quantum* menor que o pedido.

⁶ Por exemplo: cumulação de pedidos de condenação a danos materiais, morais e estéticos. Há reconhecimento da procedência apenas dos dois primeiros pedidos, mas em quantias menores do que os valores reclamados.

⁷ Mesma situação, com o acréscimo do reconhecimento parcial também com relação aos danos estéticos.

⁸ Danos materiais e morais, digamos.

⁹ Tantos reais, tantas cabeças de gado, tantas resmas de papel etc.. O exemplo é clássico: pede-se R\$ 100,00 e reconhece-se R\$ 50,00, resumindo-se a controvérsia à metade do pedido.

¹⁰ Se a presunção for relativa, se sujeitará à prova em contrário, admitindo controvérsia.

¹¹ Por isto mesmo não controvertidos ou passíveis de controvérsia.

¹² A despeito do paradoxo já amplamente debatido na doutrina.

¹³ E não tutela antecipada.

¹⁴ Indeferimento da inicial pelo reconhecimento *in limine* de prescrição ou decadência, comportando apelo com juízo de retratação.

¹⁵ Se não os impugnar, se tornam incontroversos.

¹⁶ Por exemplo, quitação provada documentalmente de plano.

¹⁷ *Vide* exaustivo trabalho de Luciana Carreira Alvim (2003) sobre o tema, onde se avaliam as diversas correntes doutrinárias, concluindo a autora que a jurisprudência optou por admitir a concessão da tutela antecipada na sentença (p. 129).

82 - DOUTRINA - REVISTA DA ESMESE, Nº 04, 2003
