

CONTROVÉRSIAS ACERCA DA ANTECIPAÇÃO DE PEDIDO INCONTROVERSO
CONTROVERSIES ABOUT THE ANTICIPATION OF INCONTROVERTIBLE
REQUEST

Édila Lima Serra Ribeiro¹

Resumo: O instituto de antecipação do pedido incontroverso, com previsão no artigo 273 do Código de Processo Civil, ainda suscita várias polêmicas, mesmo após dez anos de sua inclusão no sistema legal pátrio. A primeira dissidência paira sobre sua nomenclatura, justamente na conceituação do que vem a ser incontroverso. Há, ainda, bastante divergência em relação à provisoriedade ou definitividade da decisão de concessão e, por consequência, acerca da incidência da coisa julgada. Nesse panorama, o presente trabalho se propõe a esboçar um panorama doutrinário e jurisprudencial atual sobre o tema, bem como realizar uma breve análise sobre a estrutura proposta no anteprojeto do Código de Processo Civil.

Resume: The institute of uncontroversial claim's anticipation, provided in article 273 of the Brazilian Code of Civil Procedure, still raises many controversies, even after ten years of its inclusion in the legal system. The first dissent consists in its nomenclature, precisely in the concept of what is uncontroversial. There is also quite divergence in relation to provisional or finality of the award decision and, consequently, the effects of res judicata. Thereby, this paper aims to line out a perspective of the current doctrine and jurisprudence, as well as perform a brief analysis of the structure proposed in the outline of the Brazilian Code of Civil Procedure.

Palavras-chave: Antecipação de tutela; julgamento antecipado do pedido; pedido incontroverso; coisa julgada.

Key-words: Anticipated protection; anticipated judgment of the request; incontrovertible request; res judicata.

Sumário: 1 Introdução; 2 O que é “incontroverso”?; 3 Tutela antecipada ou julgamento conforme o estado do processo?; 3.1 O anteprojeto traz a solução? 3.2 Atualmente, como o instituto é encarado pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça?

1 Introdução

A tutela antecipada ganhou contornos legais, no direito brasileiro, com a Lei nº 8.952/1994, a qual inseriu o artigo 272 no Código de Processo Civil. Após sete anos de vigência, o instituto recebeu acréscimos da Lei nº. 10.444/2002. Dentre as inovações implantadas, encontra-se o artigo 276, § 6º, do Código de Ritos, cujo teor prevê que “a tutela antecipada também poderá ser concedida quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso”.

Nada obstante o decurso de dez anos desde a introdução da antecipação do pedido incontroverso, instituto regulamentado pelo aludido artigo 276, § 6º do Código de Processo Civil, o assunto, conforme será demonstrado no presente trabalho, ainda levanta polêmicas. Há divergências no seu tratamento, enquadramento, efeitos da concessão, cabimento da incidência da coisa julgada material, dentre outros aspectos, os quais ainda precisam galgar muitos passos para se enquadrarem como assunto pacífico na doutrina, quiçá na jurisprudência.

2 O que é “incontroverso”?

Incontroverso, nos termos do dicionário Aurélio², significa indubitável, incontestável, que não achou contradição. Seguindo-se a literalidade terminológica, pedido incontroverso seria o pedido autoral não contestado pelo réu. Ou seja, isso conduziria ao raciocínio de que um pedido ou parte dele apenas seria incontroverso nas hipóteses de não contestação ou reconhecimento do pedido³.

Segundo Luiz Guilherme Marinoni⁴, o conceito de incontroverso deve ser haurido no artigo 331, § 2º, do Código de Processo Civil⁵. Seu conteúdo determina que, se por algum motivo não se lograr a conciliação em sede de audiência preliminar, o juiz fixará os pontos controvertidos e indicará as provas a serem produzidas, designando audiência de instrução, acaso necessário. Para o citado autor, na audiência preliminar, o magistrado pode chegar à conclusão de que parte da demanda, apesar de contestada, não necessita de produção probatória testemunhal ou pericial, recaindo esta prova somente sobre a parcela controvertida da demanda. Paira sobre a parcela incontroversa não a convicção de verossimilhança, mas de verdade. Arremata: “incontroverso é o direito que se torna evidente no curso do processo,

exigindo, em razão disso, imediata tutela. É nesse sentido que se diz que o § 6º é a base para a tutela dos direitos evidentes”.

Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery⁶ perfilham o entendimento de Luiz Guilherme Marinoni, sugerindo ainda a classificação doutrinária em incontrovérsias absoluta e relativa. Aquela se dá quando o réu admite parte do pedido, isto é, na situação de reconhecimento parcial da procedência da contenda; esta ocorre na hipótese de parte do pedido, embora contestada explicitamente, ser indiscutível, diante de prova inequívoca da verossimilhança da alegação. Os doutrinadores complementam:

Na prática, ainda que se interprete o termo “incontroverso”, do CPC 273, § 6.º, no sentido restritivo, como sendo o ponto afirmado pelo autor na petição inicial sobre o qual o réu não opôs resistência na contestação (ou reconvenção), o resultado será idêntico ao aqui proposto: aplicar-se-ia o *caput* do CPC 273 e o juiz poderá antecipar a tutela, independentemente de haver controvérsia, caso esteja comprovada (e o juiz se convença disso) a verossimilhança da alegação do autor quanto ao ponto controvertido pelo réu, mas indiscutível (“incontrovérsia relativa”). Exemplo de aplicação geral da regra aqui comentada ocorre quando há comunicação feita pelo réu ao autor disponibilizando-lhe extrajudicialmente quantia em dinheiro, mas, na ação judicial, o réu contesta o pedido, assumindo atitude incompatível com aquela antes exteriorizada (o exemplo se encontra em Bartolini-Debolino, CPC, coment. CPC ital. 186bis, p. 605)⁷.

Para Flávio Cheim, Fredie Didier Júnior e Marcelo Abelha⁸, a incontrovérsia pode advir de fatos ou de direito. Em específico, a incontrovérsia ora analisada, a qual autoriza a antecipação de tutela, não incide sobre os fatos, conforme dispõe o artigo 334, inciso III, do Código de Processo Civil⁹, mas sim do objeto do processo, ou seja, das consequências jurídicas almejadas pelo postulante, da procedência manifesta do pedido/mérito¹⁰.

Nos ensinamentos dos doutrinadores, a incontrovérsia pode surgir em duas situações. Primeiro, na hipótese de autocomposição quanto a uma parte do pedido, como, por exemplo, no reconhecimento jurídico do pedido, na transação ou na renúncia parcial ao direito (artigo 269, incisos II, III e V do Código de Processo Civil). Exemplo disso é uma demanda dúplice em que se discute o valor de uma dívida, porém há consenso acerca de um mínimo devido.

Segundo, em casos de julgamento antecipado (artigo 330 do Código de Processo Civil), subdividindo-se, por sua vez, em dois grupos: (1) revelia, contestação genérica ou confissão total – institutos atrelados à incontrovérsia fática –, desde que o magistrado possa decidir, de plano, parcela do mérito, ainda que a outra parte dependa de instrução; (2) quando um dos pedidos puder, desde logo, ser julgado, mesmo diante de incontrovérsia fática, tendo em vista a desnecessidade de produção probatória em audiência. Tais circunstâncias estão previstas nos artigos 324 c/c 302, 320 e 351 do Código de Processo Civil¹¹.

Diante dessas duas situações possíveis – autocomposição e julgamento antecipado –, há diferença quanto ao procedimento aplicável. Ambas podem ser decretadas de ofício, conforme autorização do artigo 273 do Código de Ritos, todavia, a antecipação por autocomposição dispensa a intimação das partes para resolução parcial do mérito, porquanto as próprias partes compõem a resolução do conflito, ao passo que a resolução por julgamento antecipado implica em intimação prévia das partes, a fim de que sejam cientificadas da abreviação do procedimento, especificamente quanto à parcela incontroversa da contenda.

Logo, tais autores perfilham o entendimento de Luiz Guilherme Marinoni, ao compreenderem que a incontrovérsia não se restringe ao pedido não contestado ou reconhecido pelo réu, estendendo-se também para pedidos cuja contestação é manifestamente infundada ou, outrossim, mesmo contestados, não se sujeitam à dilação probatória em sede de audiência de instrução e julgamento.

Todavia, essa esteira de raciocínio não é uniforme na doutrina. Exemplo de entendimento doutrinário divergente do ora apresentado é a linha de Humberto Theodoro Júnior. Para este, incontrovérsia significa que “pela não-contestação, o fato básico se tornou incontroverso, nos limites da pretensão não impugnada, e a consequência dele extraível não depende mais de outras provas”¹². O posicionamento é reiterado na mesma obra, ao versar que “a tutela antecipada da parte não contestada da demanda, de que trata o art. 273, § 6º [...]”¹³. A obra do citado processualista não dispensa muitas laudas a apreciar a antecipação do pedido incontroverso: sob a denominação de contestação parcial, o estudioso dedica apenas uma página para apreciar o tema. No entanto, o conceito fora concedido e repetido, reafirmando o posicionamento autoral da literalidade do significado de pedido incontroverso.

Dentro do tema, Teori Albino Zavascki¹⁴ suscita uma polêmica. O ministro questiona se a simples ausência de impugnação é por si só suficiente para autorizar a antecipação. A resposta “certamente deve ser negativa”, pois pode ocorrer de, muito embora não contestado, o pedido seja manifestamente descabido ao ver do magistrado. A sentença, que será de improcedência, não permite a antecipação. Além disso, cita a hipótese de colusão entre as partes¹⁵, ocasião em que o juiz deve, por determinação legal (artigo 267, inciso IV do Código de Processo Civil¹⁶), extinguir o processo sem julgamento do mérito. Elemento essencial à incontrovérsia é a posição de um terceiro figurante na relação processual, que é o juiz. Incontrovérsia, portanto, não é apenas aquilo não controvertido pelas partes, mas também aquilo considerado, nas convicções do magistrado, como inverossímil: “incontroverso, em

suma, não é o **indiscutido**, mas sim o **indiscutível**¹⁷ (destaques conferidos pelo autor entre aspas).

No âmbito doutrinário, aqui representado pelos estudiosos Luiz Guilherme Marinoni, Nelson Nery Júnior, Rosa Maria de Andrade Nery, Flávio Cheim, Fredie Didier Júnior, Marcelo Abelha, Humberto Theodoro Júnior e Teori Albino Zavascki, depreende-se como único completamente ponto pacífico a respeito de pedido incontroverso a inaplicabilidade do artigo 334, inciso III do Código de Processo Civil, que se restringe à incontrovérsia fática, quando o instituto em análise versa sobre incontrovérsia de direito, de pedido.

3 Tutela antecipada ou julgamento conforme o estado do processo?

Outro ponto de divergência entre os autores é definir se o instituto regulamentado no artigo 273, § 6º do Código de Processo Civil se trata de tutela antecipada, tendo em vista sua localização no diploma processual, ou julgamento conforme o estado do processo, em semelhança ao previsto no artigo 330, inciso I do Código de Ritos.

Flávio Cheim, Fredie Didier Júnior e Marcelo Abelha¹⁸ são categóricos ao afirmar que “não se trata de tutela antecipada, mas sim de resolução parcial da lide (mérito). A topografia do instituto está equivocada”. Portanto, haveria erro do legislador ao incluir o instituto sob dispositivo regulamentador da tutela antecipada, pois disso não se trata, mas sim de decisão parcial definitiva acerca do mérito, em equivalência ao artigo 330, inciso I do Código de Processo Civil. Lecionam, *in verbis*:

Não é antecipação dos efeitos da tutela, mas emissão da própria solução judicial definitiva, fundada em cognição exauriente e apta, inclusive, a ficar imune com a coisa julgada material. E, por ser definitiva, desgarrar-se da parte da demanda que resta a ser julgada, tornando-se decisão absolutamente autônoma: o magistrado não precisa confirmá-la em decisão futura, que somente poderá examinar o que ainda não tiver sido apreciado¹⁹.

Conforme trecho em destaque, a discussão do assunto remonta para a solução de outros aspectos relevantes, quais sejam a incidência da coisa julgada material e a correlata revogabilidade da decisão (definitividade ou provisoriedade). Para eles, a decisão interlocutória antecipatória parcial de mérito e a sentença não apresentam distinções ontológicas. Isso porque ambas representam decisões de igual porte, havendo diferença somente na qualificação jurídica como ato do juiz e conseqüente definição do recurso cabível. Inclusive, a sentença posterior a uma decisão de julgamento parcial antecipado poderia ser extinção sem resolução do mérito.

Nesses termos, a decisão de julgamento parcial da lide deteria caráter de definitividade, uma vez que o magistrado, ao proferi-la, encerraria sua atividade jurisdicional, exercida em cognição exauriente. Há, desse modo, aptidão para a formação da coisa julgada material, sendo o recurso cabível o agravo de instrumento.

Humberto Theodoro Júnior, a despeito de discordar dos autores anteriormente citados no que diz respeito à incontrovérsia do pedido, concorda com estes acerca da natureza jurídica do artigo 273, § 6º, atribuindo-lhe o caráter de julgamento definitivo e antecipado da lide, inclusive, imodificável ante a incidência da coisa julgada:

A incontrovérsia, na espécie, afasta o pedido não contestado do litígio. O reconhecimento dessa exclusão, embora o § 6º do artigo 273 o situe no campo da tutela antecipada, representa, por sua extensão e profundidade, um verdadeiro e definitivo julgamento antecipado da lide, pelo que ficará sujeito às consequências da coisa julgada, pois o que de fato decorre do provimento na situação do novo § 6º é julgamento fracionado do mérito da causa²⁰.

A posição sustentada por Abelha, Cheim, Didier e Theodoro Júnior é inovadora, pois extrai entendimento diverso daquilo expressamente disposto no estatuto processual civil pátrio. De fato, conceber a decisão antecipatória como ato judicial equivalente à sentença, diferindo deste somente com relação ao *nomen iuris* e ao cabimento de agravo de instrumento em vez de apelação é, no mínimo, audacioso, esbarrando em diversos questionamentos: o legislador inclui palavras ou dispositivos desnecessários no Código de Processo Civil? Como explicar a aplicação de recursos com procedimentos tão diversos (apelação e agravo de instrumento) para atos decisórios com conteúdo idêntico? A primeira decisão, de antecipação de tutela, não poderia ser modificada em sede de sentença, mesmo que identificada a ausência de uma das condições da ação?

Parte dessas respostas é solucionada por Luiz Guilherme Marinoni, com embasamento na hermenêutica jurídica: as regras processuais civis devem ser interpretadas de modo a garantir maior efetividade às normas constitucionais. Dispõe o artigo 5º, inciso LXXVIII da Constituição Federal, que a todos serão assegurados, seja em processo judicial ou administrativo, a razoável duração do processo, assim como os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. Assim, o art. 273, § 6º, do Código de Ritos deveria ser interpretado em consonância com a referida norma constitucional, a duração razoável do processo. A técnica de antecipação da parte incontroversa foi erigida para permitir a proteção adequada de um direito pela jurisdição, já que a tutela final não pode ser postergada pela necessidade de dilação probatória de outra parte dos pedidos:

Frise-se que o § 6º decorre da necessidade de se dar tutela final à parte da demanda que se mostra incontroversa no curso do processo, e não tutela de cognição sumária ou propriamente antecipatória. Em termos de aprofundamento da cognição do juiz, a fragmentação do julgado (art. 273, § 6.º) não é diferente do julgamento antecipado da integralidade do mérito, “quando a questão de mérito for unicamente de direito, ou, sendo de direito e de fato, não houver necessidade de produzir prova em audiência” (art. 330, I, CPC).

De modo que a tutela antecipatória da parte incontroversa está longe de significar a antecipação da tutela final, representando, na verdade, a antecipação do momento da concessão da tutela final. Melhor explicando: enquanto a tutela antecipatória, tal como idealizada em 1994, antecipa a tutela final, a tutela antecipatória da parte incontroversa presta a própria tutela final em momento adequado e tempestivo, garantindo a realização do direito fundamental à duração razoável e aos meios que garantam a celeridade do processo²¹.

Por isso, deve sim incidir a coisa julgada material, principalmente porque não existe dessemelhança entre antecipação de pedido incontroverso e o julgamento antecipado da lide. Logo, o artigo 273, § 6º em nada se afeta pelo fato de, topograficamente, localizar-se em posição posterior ao preceito que trata da revogabilidade ou modificabilidade da tutela antecipada (artigo 273, § 4º)²², em consequência de, em verdade, se tratar de julgamento parcial antecipado e não tutela antecipada.

Identificam-se no pensamento de Marinoni, os conceitos de acesso à justiça como meio de acesso à ordem jurídica justa, afinal, o retardamento injustificado de tutela, objeto de cognição exauriente ante a incontrovérsia, representaria um malferimento ao direito do réu de obter uma resposta jurisdicional adequada e tempestiva. Pertinentes são as palavras de Kazuo Watanabe:

Acesso à justiça é acesso à ordem jurídica justa, ou seja, obtenção de justiça substancial. Não obtém justiça substancial quem não consegue sequer o exame de suas pretensões pelo Poder Judiciário e também quem recebe soluções atrasadas para suas pretensões, ou soluções que não lhe melhorem efetivamente a vida em relação ao bem pretendido. Todas as garantias integrantes da tutela constitucional do processo convergem a essa promessa-síntese que é a garantia do acesso à justiça assim compreendido^{23 24}.

Mas ainda remanesce crítica, principalmente relativa à possibilidade de a tutela definitiva antecipada poder ser modificada em sede de sentença, cujo conteúdo aborda a outra parte dos pedidos. Nesse sentido são as preleções de Ovídio Baptista²⁵ e Teori Albino Zavascki²⁶. Para este último, a opção do legislador foi tratar do assunto como tutela antecipada provisória, embora concorde que, para a imediata tutela do pedido, o ideal seria permitir a cisão do julgamento, através de sentença parcial, porém definitiva de mérito. Assim, outorga-se a eficácia social da futura sentença de procedência e não apenas a eficácia jurídico-formal; não se condena por antecipação, apenas se adiantam os efeitos da futura sentença.

Nessa toada, segue ainda Cândido Rangel Dinamarco²⁷. A veemente intenção do legislador, para este autor, não foi admitir um julgamento de mérito por partes. No momento de sentenciar, após o transcurso de todas as fases procedimentais, o magistrado julgará não apenas o pedido que dependeu de produção probatória como aquele objeto de antecipação. Vislumbram-se dois capítulos no teor de única sentença: uma relativa ao pedido antecipado mediante tutela e outro relativo aos demais pedidos. Há, então, decisão interlocutória e sentença: esta posteriormente confirma aquela que anteriormente foi deferida. De igual modo, afirma ser preferível hipótese de cisão de julgamento, elogiando as palavras de Marinoni sobre o tema:

Seria preferível autorizar o juiz, nas hipóteses figuradas no novo parágrafo, a decidir parcialmente sobre o mérito desde logo, fazendo-o por uma decisão interlocutória. Esse é o alvitre de Marinoni, mesmo *de lege lata*, mas é muito improvável que os juízes e tribunais dêem um passo além, arrostando a rigidez do procedimento na ordem processual civil brasileira, em razão da qual “o mérito deve ser sempre julgado em sentença e a sentença será sempre uma só no processo”²⁸.

Outrossim, Daniel A. Assumpção Neves²⁹ entende se tratar de decisão interlocutória, não suscetível à coisa julgada material. O argumento é contundente. Justifica-se na situação em que, após concedido pedido incontroverso de maneira antecipada e em sede de sentença, constata-se a ausência de uma das condições da ação ou de algum dos pressupostos processuais, ensejando, por conseguinte, a extinção do processo sem julgamento de mérito. Caso a decisão interlocutória detivesse força de coisa julgada material, surgiria uma situação ímpar na qual parte da decisão permaneceria existente e eficaz e, em contrapartida, outra simplesmente inexistiria. Isso, para o autor, configuraria um absurdo:

Conforme disciplina nosso ordenamento, as matérias de ordem pública podem ser conhecidas pelo juiz a qualquer momento e *ex officio*, o que o obrigará a extinguir o processo sem julgamento de seu mérito. Pois bem, imaginemos a hipótese em que o juiz antecipa a tutela com base no reconhecimento parcial do pedido, prosseguindo-se o processo com relação à parte do pedido que permanece controversa. Num determinado momento, percebe-se a ausência de uma das condições da ação, ou a de um pressuposto processual positivo, ou ainda a presença de um pressuposto processual negativo. O juiz, diante dessa nova realidade, deve extinguir o processo sem o julgamento de seu mérito, revogando eventual tutela antecipada concedida. Se o pronunciamento que antecipou a tutela estiver dotado de coisa julgada material ou da dita preclusão *pro iudicato*, ele não poderá ser atingido pela extinção do processo e manterá, assim, sua eficácia. A situação é, no mínimo, curiosa. Um processo que não contém requisitos suficientes para seu julgamento de mérito ainda assim estaria sendo apto a produzir a coisa julgada material, o que, evidentemente, no estágio atual de nosso ordenamento, é manifesto absurdo. Nesses casos parece-nos claro que a decisão concessiva da antecipação, não apresentando qualquer efeito fora do processo em que foi proferida, perderá automaticamente sua eficácia.

Em entendimento peculiar, Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery³⁰ compreendem a incidência de alguns aspectos da coisa julgada material sobre a antecipação de pedido incontroverso. Haveria duas situações decorrentes da incontrovérsia do pedido. A primeira, quando o autor, de fato, deseja obter a tutela antecipada, ocasião em que a decisão proferida será interlocutória, de cunho provisório. A segunda se daria com o reconhecimento do pedido pelo réu, onde a decisão, também interlocutória, deteria definitividade. Pela pertinência, cumpre transcrever a lição:

45. Adiantamento da parte não contestada. Natureza da decisão antecipatória.

Nada obstante a decisão que adianta os efeitos da parte não contestada da pretensão tenha alguns dos atributos de decisão acobertada pela coisa julgada material parcial e, conseqüentemente, de título executivo judicial, reveste-se do caráter de provisoriedade. Não há óbice no seu enquadramento dentro da sistemática do processo civil brasileiro, ainda que o meio processual para alcançá-la seja o do instituto da tutela antecipada do CPC 273. Falamos em meio processual porque, na essência, ontologicamente, essa situação seria equiparável ao reconhecimento jurídico parcial do pedido, que, entre nós, enseja a extinção do processo com julgamento do mérito, em favor do autor (CPC 269 II), ou seja, o nosso direito já contém guarida para a pretensão do autor quando ocorre a admissão parcial do pedido condenatório. Há, portanto, duas soluções possíveis para a hipótese: a) caso o autor pretenda a antecipação parcial da tutela, haverá decisão interlocutória sobre o tema, provisória, segundo o regime jurídico da tutela antecipada; b) caso o autor alegue que o réu reconheceu parcialmente o pedido (CPC 269 II), o juiz, acolhendo a alegação, proferirá decisão interlocutória definitiva de mérito: o processo (conjunto de todas as pretensões deduzidas pelo autor e pelo réu, quando, por exemplo, reconvém) não será extinto³¹.

Em suma, são as seguintes posições acerca da natureza jurídica da decisão de antecipação de tutela em pedido incontroverso: (1) equivale à sentença, apresentando definitividade e, por conseguinte, faz coisa julgada, sendo o recurso cabível o agravo de instrumento; (2) não equivale à sentença, tratando-se de decisão interlocutória – portanto, provisória – que apenas antecipa os efeitos da sentença; (3) a depender do que se deseja antecipar, pode, excepcionalmente na hipótese de reconhecimento parcial do pedido, ostentar definitividade.

De toda sorte, a diversidade de posições doutrinárias demonstra que a delimitação da natureza jurídica consiste em tema desarmônico. As classificações divergem mesmo quando procuram se assemelhar. Assim, as crescentes dúvidas na aplicação da tutela do pedido incontroverso implicam no receio dos operadores de utilizar um instituto cujo maior objetivo é tornar o processo um meio célere para consecução da justiça. Ou seja, um objeto da celeridade em desuso, um verdadeiro contrassenso.

3.1 O anteprojeto traz a solução?

O anteprojeto do Código de Processo Civil, de lavra do Senado Federal, dedica todo o título IX para abordar as tutelas de urgência e tutelas de evidência. Consagra, com o termo evidência, a diferenciação entre a tutela antecipada e a tutela que em nada depende dos requisitos intrínsecos àquela (a plausibilidade do direito e o risco de dano irreparável ou de difícil reparação); exige-se apenas o enquadramento nas circunstâncias lá previstas, dentre as quais se encontra a incontrovérsia de um ou mais pedidos cumulados ou parcela deles. Nesse ponto, o anteprojeto é expresso: “caso em que a solução será definitiva”³². A opção legislativa é, então, indubitável de que sobre a decisão sobre direito evidente recairá o manto da coisa material.

A decisão, embora definitiva, enseja agravo de instrumento³³. Surge, novamente, o questionamento realizado em laudas anteriores: como atos judiciais de igual teor podem ensejar recursos com requisitos tão diversos? O intuito do novel legislador foi, de fato, equiparar decisão de parcela do pedido incontroverso à sentença?

A despeito das interrogações, a nova proposta é abordar a tutela da evidência em dois momentos diversos, antecedentemente e incidentalmente. Na primeira situação, na qual a tutela do pedido incontroverso é manejada em ação própria, anterior à demanda principal, a eficácia da decisão é definitiva, não sendo passível de revogação ou modificação, o que se admite para as demais tutelas de urgência e evidência (abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu; inicial instruída com prova irrefutável do direito alegado pelo autor a que o réu não oponha prova inequívoca; matéria unicamente de direito e existência de jurisprudência firmada em julgamento de casos repetitivos ou súmula vinculante).

Assim, o magistrado, ao decidir sobre a incontrovérsia de parcela do pedido em sede antecedente, não pode rever sua decisão, modificando-a ou revogando-a. A insatisfação somente pode ser veiculada através de agravo de instrumento. No entanto, vislumbra-se um problema na circunstância de, ulteriormente, não se identificar alguma das condições da ação. Parte da demanda é procedente e definitiva, ao passo que a outra parcela será extinta sem julgamento do mérito?

Destarte, o projeto do Código de Processo Civil não soluciona as divergências suscitadas no diploma atualmente vigente. Além disso, cria novos mecanismos – como é o caso da definitividade da decisão de procedência de pedido incontroverso em ação acessória –

que, antes mesmo de entrarem em vigor, são lacunosos e, em futuro próximo, certamente, serão objeto de severas críticas acerca da implementação.

3.2 Atualmente, como o instituto é encarado pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça?

Em pesquisa eletrônica realizada no sítio eletrônico do Superior Tribunal de Justiça³⁴, poucos foram os resultados envolvendo a tutela em estudo. Utilizando-se os termos de busca “pedido”, “incontroverso” e “273”, foram identificados apenas quatro resultados³⁵, dos quais apenas um possui correlação com o assunto em exame. É o agravo regimental na medida cautelar de nº. 16.403, originária do Estado de São Paulo e de relatoria do ministro Sidnei Beneti. Na hipótese, compreendeu-se correta a postura de magistrado que, aplicando o artigo 273, § 6º do Código de Processo Civil, autorizou a antecipação de tutela (*ipsis literis*) para levantamento de valor depositado em juízo com relação aos haveres de sócio tido como incontroverso pelas partes. Cabível é a transcrição na íntegra:

AGRAVO REGIMENTAL NA MEDIDA CAUTELAR. OBSTAR LEVANTAMENTO DE IMPORTÂNCIA DEPOSITADA EM JUÍZO OU, ALTERNATIVAMENTE, PRESTAÇÃO DE CAUÇÃO SUFICIENTE E IDÔNEA. PRETENSÃO DE ATRIBUIÇÃO DE EFEITO SUSPENSIVO AO RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS AUTORIZADORES DA TUTELA CAUTELAR. FALTA DE INTERESSE DE AGIR.

I - Esta Corte, apenas como exceção, tem admitido a atribuição de efeito suspensivo a Recurso Especial, e isso somente quando configurada a presença concomitante dos pressupostos que lhe são necessários: *fumus boni iuris* e *periculum in mora*.

II - Na verificação dos pressupostos da medida há de se ter em conta, como já decidido pela Terceira Turma, que o *fumus boni iuris* “está relacionado intimamente com a presença dos requisitos de admissibilidade do recurso especial e com a possibilidade de sucesso deste, daí que, na cautelar, convém se aprecie, ainda que superficialmente, os requisitos e o mérito do especial.” (AgRg na MC 1.311, Rel. Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, DJ 13.10.98).

III - No caso, contudo, os requisitos da pretensão cautelar não são evidentes, como é necessário ao sucesso da Medida Cautelar – medida excepcional, que, relembre-se, deve apresentar-se com evidência que praticamente pressupõe a teratologia da decisão atacada, o que estão muito longe de ocorrer no caso, visto que o Acórdão recorrido é detidamente fundamentado e extremamente congruente com o que dispõe o art. 273, § 6º, do Cód. de Proc. Civil, que autoriza a antecipação da tutela “quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso”, o que se evidencia no caso, em que o valor cujo levantamento foi deferido, relativo aos haveres de sócio, é incontroverso entre as próprias partes, anotando-se, ainda, que tanto não é teratológico o julgado que foi, mesmo, indeferido o seguimento de Recurso Especial pelo o Presidente da Seção de Direito Privado do Tribunal de Origem.

IV - Ademais, se for do interesse do requerente, eventual pretensão visando a obstar o levantamento de valores depositados concedido em antecipação de tutela, deverá ele deduzi-la, na jurisdição de origem, demonstrando a presença dos requisitos indispensáveis - *fumus boni iuris* e *periculum in mora* -, quer dizer: a questão resta na competência do Tribunal de origem, não havendo como admitir o “salto” das

esferas estaduais para o desejado julgamento direto neste Superior Tribunal de Justiça.
Agravo Regimental improvido³⁶.

Conforme se constata na leitura, o Superior Tribunal de Justiça atribui à figura a nomenclatura de tutela antecipada, não tratando sobre a qualidade da decisão, se passível de incidência da coisa julgada material. Destarte, o julgado não dirime a dúvida presente na esfera doutrinária.

Outro dado relevante obtido mediante pesquisa jurisprudencial eletrônica repousa sobre a escassa utilização do termo “tutela da evidência”, expressão eleita no anteprojeto do Código de Processo Civil. Utilizando-se do mesmo mecanismo de busca, agora com os termos “tutela” e “evidência”, identificou-se apenas um resultado da área penal³⁷.

Desse modo, o maior intérprete da legislação federal, o Superior Tribunal de Justiça não dirime a conflituosa questão do pedido incontroverso, mormente no que tange à incidência da coisa julgada material e o caráter de definitividade ou provisoriedade do decisório.

4 Conclusão

Compreender o que é a incontrovérsia do pedido e o que a sua concessão em caráter tutelar pode implicar é uma tarefa árdua no panorama processual civil pátrio. A doutrina apresenta entendimento majoritário em poucos aspectos, o que causa verdadeira celeuma na aplicabilidade prática da matéria.

A consequência não poderia ser diversa: por receio de manejar o instituto – afinal, não se sabe as consequências de sua utilização –, a jurisprudência praticamente não pode solucionar as indagações referentes ao enquadramento do artigo 273, § 6º como tutela antecipada, tal qual sua posição topográfica no diploma, ou como julgamento antecipado parcial do pedido. As lacunas deixadas pelo legislador, infelizmente, estão longe de ser colmatadas pela atividade hermenêutica jurisprudencial, justamente pela ausência de provocação (princípio da inércia da jurisdição).

Outrossim, remanescem em aberto dúvidas acerca da provisoriedade – incluindo-se a revogabilidade ou modificabilidade – e do cabimento da coisa julgada material. Ponto relevante suscitado por Daniel Assumpção seria a extinção do processo sem julgamento do mérito, ante a inexistência de condição da ação ou pressuposto processual, após a concessão antecipada de tutela por pedido incontroverso. Persistiriam duas decisões diversas para o

mesmo processo, sendo uma interlocutória com caráter de definitividade? Indagação não menos relevante diz respeito à ação rescisória. Partindo-se do pressuposto de existência de duas decisões, correriam dois prazos diversos para a ação rescisória?

Diante da gama de dúvidas dentro do tema, a esperança é que o novo Código de Processo Civil venha a solucioná-las. A expectativa é em parte atendida quando se vislumbra no anteprojeto a referência manifesta à expressão tutela de evidência. Já foi um grande passo.

REFERÊNCIAS

- CHEIM, Flávio; DIDIER JÚNIOR, Fredie; ABELHA, Marcelo. **A nova reforma processual**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- DICIONÁRIO AURÉLIO. Disponível em: <<http://www.webdicionario.com/incontroverso>>. Acesso em: 3 jul. 2012.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. **Nova era do processo civil**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- FUX, Luiz. A tutela dos direitos evidentes. **Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça**, Brasília, ano 2, número 16, p. 23-43, abril de 2000.
- MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação da tutela**. 12. ed. São Paulo: RT, 2011.
- MOREIRA, Alberto Camiña; Et. al. **Nova reforma processual civil comentada**. 2. ed. São Paulo: Método, 2003.
- NERY JÚNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante**. 10. ed. São Paulo: RT, 2007.
- SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de Processo Civil**. v. 1. 6. ed. São Paulo: RT, 2003.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. v. II. 44. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- WATANABE, Kazuo. Acesso à Justiça e Sociedade Moderna. In: Grinover, Ada Pellegrini; Dinamarco, Cândido Rangel; Watanabe, Kazuo. **Participação e Processo**. São Paulo: RT, 1988.
- ZAVASCKI, Teori Albino. Antecipação de tutela em face de pedido incontroverso. **Academia Brasileira de Direito Processual Civil**, Porto Alegre. Disponível em: <[http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Teori%20Zavascki\(2\)%20-formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Teori%20Zavascki(2)%20-formatado.pdf)>. Acesso em: 02 jul. 2012.

¹ Mestranda em Direito Processual Civil pela Universidade Federal do Espírito Santo, especialista em Direito Público, advogada.

² DICIONÁRIO AURÉLIO. Disponível em: <<http://www.webdicionario.com/incontroverso>>. Acesso em: 3 jul. 2012.

³ “O significado de incontroverso assume grande importância na interpretação da norma que o acolheu. Isso porque alguém poderia supor que um pedido, ou parte dele, apenas se torna incontroverso nos casos de não contestação ou de reconhecimento parcial”. MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação da tutela**. 12. ed. São Paulo: RT, 2011. P. 285.

⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. Op. cit. P. 286.

⁵ Art. 331. *Omissis*.

§ 2º Se, por qualquer motivo, não for obtida a conciliação, o juiz fixará os pontos controvertidos, decidirá as questões processuais pendentes e determinará as provas a serem produzidas, designando audiência de instrução e julgamento, se necessário.

⁶ NERY JÚNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante**. 10. ed. São Paulo: RT, 2007. P. 530.

⁷ NERY JÚNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. Op. cit. P. 530 e 531.

⁸ CHEIM, Flávio; DIDIER JÚNIOR, Fredie; ABELHA, Marcelo. **A nova reforma processual**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. P. 76 e 77.

⁹ Art. 334. Não dependem de prova os fatos: [...] III - admitidos, no processo, como incontroversos.

¹⁰ No mesmo sentido, Ovídio Batista assevera: “O § 6.º declara que a tutela poderá ser antecipada quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcelas deles, mostrem-se incontroversos. O conceito de “pedido incontroverso” dado pelo art. 334, inc. III, do CPC não se harmoniza com a disposição do § 6.º do art. 273”. SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de Processo Civil**. v. 1. 6. ed. São Paulo: RT, 2003. P. 135.

¹¹ Art. 324. Se o réu não contestar a ação, o juiz, verificando que não ocorreu o efeito da revelia, mandará que o autor especifique as provas que pretenda produzir na audiência.

Art. 302. Cabe também ao réu manifestar-se precisamente sobre os fatos narrados na petição inicial. Presumem-se verdadeiros os fatos não impugnados, salvo:

I - se não for admissível, a seu respeito, a confissão;

II - se a petição inicial não estiver acompanhada do instrumento público que a lei considerar da substância do ato;

III - se estiverem em contradição com a defesa, considerada em seu conjunto.

Art. 320. A revelia não induz, contudo, o efeito mencionado no artigo antecedente:

I - se, havendo pluralidade de réus, algum deles contestar a ação;

II - se o litígio versar sobre direitos indisponíveis;

III - se a petição inicial não estiver acompanhada do instrumento público, que a lei considere indispensável à prova do ato.

Art. 351. Não vale como confissão a admissão, em juízo, de fatos relativos a direitos indisponíveis.

¹² THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. v. II. 44. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. P. 668.

¹³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Op. cit. P. 668.

¹⁴ ZAVASCKI, Teori Albino. Antecipação de tutela em face de pedido incontroverso. **Academia Brasileira de Direito Processual Civil**, Porto Alegre. Disponível em: <[http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Teori%20Zavascki\(2\)%20-formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Teori%20Zavascki(2)%20-formatado.pdf)>. Acesso em: 02 jul. 2012. P. 3.

¹⁵ No Código Civil, o conluio recebe o nomen iuris de simulação. Assim está disposto:

“Art. 167. É nulo o negócio jurídico simulado, mas subsistirá o que se dissimulou, se válido for na substância e na forma.

§ 1º Haverá simulação nos negócios jurídicos quando:

I - aparentarem conferir ou transmitir direitos a pessoas diversas daquelas às quais realmente se conferem, ou transmitem;

II - contiverem declaração, confissão, condição ou cláusula não verdadeira;

III - os instrumentos particulares forem antedatados, ou pós-datados.”

¹⁶ Art. 267. Extingue-se o processo, sem resolução de mérito: [...] IV - quando se verificar a ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo.

¹⁷ ZAVASCKI, Teori Albino. Op. cit. P. 3.

¹⁸ CHEIM, Flávio; DIDIER JÚNIOR, Fredie; ABELHA, Marcelo. Op. cit. P. 71.

¹⁹ CHEIM, Flávio; DIDIER JÚNIOR, Fredie; ABELHA, Marcelo. Op. cit. P. 72.

²⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Op. cit. P. 668.

²¹ MARINONI, Luiz Guilherme. Op. cit. P. 291.

²² Art. 273. *Omissis*.

§ 4º A tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada.

²³ WATANABE, Kazuo. Acesso à Justiça e Sociedade Moderna. In: Grinover, Ada Pellegrini; Dinamarco, Cândido Rangel; Watanabe, Kazuo. **Participação e Processo**. São Paulo: RT, 1988.

²⁴ Convenientes também são os ensinamentos de Luiz Fux: “[...] o processo hodiernamente encontra-se sob o crivo da ‘efetividade’ dos direitos, que reclama satisfatividade plena e celeridade. Essa dissintonia entre o processo e as novas exigências revela uma ‘crise’, capaz de ser solucionada com ‘novos instrumentos’, diante desses ‘novos anseios da coletividade’”. FUX, Luiz. A tutela dos direitos evidentes. **Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça**, Brasília, ano 2, número 16, p. 23-43, abril de 2000. P. 4.

²⁵ “O § 6.º declara que a tutela poderá ser antecipada quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcelas deles, mostrem-se incontroversos. O conceito de “pedido incontroverso” dado pelo art. 334, inc. III, do CPC não se harmoniza com a disposição do § 6.º do art. 273. Se aceitássemos a identidade conceitual, então teríamos de ler este parágrafo como se ele dissesse que a tutela poderá ser antecipada quando os fatos sejam admitidos no

processo como incontroversos. Neste caso, teríamos de pensar em tutela definitivamente concedida, não mais apenas antecipada. Se os fatos são incontroversos - e o direito conhece-o o juiz -, a tutela que vier a ser concedida não poderá mais ser desfeita pela sentença final, condição essencial para que se configure o conceito de tutela "antecipada". SILVA, Ovídio A. Baptista da. Op. cit. P. 135.

²⁶ ZAVASCKI, Teori Albino. Op. cit. P. 6.

²⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Nova era do processo civil**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. P. 78.

²⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. Op. cit. P. 78.

²⁹ NEVES, Daniel A. Assumpção apud MOREIRA, Alberto Camiña; Et. al. **Nova reforma processual civil comentada**. 2. ed. São Paulo: Método, 2003. P. 05.

³⁰ NERY JÚNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. Op. cit. P. 531.

³¹ NERY JÚNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. Op. cit. P. 531.

³² Art. 285. Será dispensada a demonstração de risco de dano irreparável ou de difícil reparação quando: [...] II - um ou mais dos pedidos cumulados ou parcela deles mostrar-se incontroverso, caso em que a solução será definitiva.

³³ Art. 279. *Omissis*. Parágrafo único. A decisão será impugnável por agravo de instrumento

³⁴ Pesquisa realizada no sítio eletrônico <http://www.stj.jus.br/SCON/>.

³⁵ Foram eles: AgRg no AREsp 47139, AgRg na MC 16403, REsp 689237 e AgRg no Ag 583184.

³⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo regimental na medida cautelar nº 16.403. Agravante: Centro Médico Imagem S/S Ltda. Agravado: José Carlos Menegoci. Brasília, 23 de fevereiro de 2010.

³⁷ HC 229842 / MG.