

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

PEDRO LUIZ POZZA

**A SENTENÇA PARCIAL DE MÉRITO NA PERSPECTIVA DO
FORMALISMO-VALORATIVO**

Porto Alegre
2011

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

PEDRO LUIZ POZZA

**A SENTENÇA PARCIAL DE MÉRITO NA PERSPECTIVA DO
FORMALISMO-VALORATIVO**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para obtenção do grau de Doutor.

Orientador: Prof. Dr. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira

Porto Alegre
2011

Dedico este trabalho a meus pais, Hermes e Maria, bem como a minha esposa Carla e filhas Gabriela e Nicole. Todos sempre acreditaram na minha capacidade e deram-me ânimo para seguir adiante.

Imprescindível um especial agradecimento ao Prof. Dr. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, pela dedicação na orientação ao trabalho, sem esquecer a colaboração do amigo e Prof. Dr. Daniel Mitidiero.

RESUMO

A tese visa à análise do instituto da Sentença Parcial de Mérito na Perspectiva do Formalismo-Valorativo como forma de alcançar uma prestação jurisdicional mais célere no Processo Civil Brasileiro. Para tanto, foi utilizada como metodologia a pesquisa bibliográfica e jurisprudencial. O objetivo específico do trabalho é demonstrar a possibilidade do julgamento parcial do mérito na hipótese de, havendo cumulação de pedidos, um deles (ou parte) poder ser decidido sem necessidade de instrução probatória, de que carece, todavia, a outra postulação. Ainda, foram abordados dois institutos similares no direito italiano – condenação com reserva – e brasileiro – antecipação da tutela. Além disso, busca-se demonstrar qual o recurso cabível contra a sentença parcial de mérito, assim como sua eficácia. Por fim, buscou-se abordar o tratamento do instituto no anteprojeto do novo Código de Processo Civil, propondo uma solução de *lege ferenda* para a regulamentação adequada do instituto.

Palavras-chave: Processo civil brasileiro. Sentença parcial. Mérito. Recurso. Coisa Julgada. Condenação com Reserva. Antecipação da Tutela. Formalismo-Valorativo. Direitos Fundamentais. Efetividade. Duração Razoável do Processo. Segurança Jurídica.

ABSTRACT

This thesis aims to analyze the Partial Sentence of Merit from the perspective of Formalism with values as a way to achieve a faster judicial provision in terms of Brazilian Civil Procedure. For that there were the bibliographical and the jurisprudential research as paper's methodology. The specific objective on this paper is about demonstrating the possibility of partial judgment of merit on the assumption of, with overlapping of requests, one of them (or part) can be decided without conclusive statement that lacks, however, the other nomination. This thesis still addressed two similar institutes in Italian law – condemnation with reservation – and in Brazilian one – tutelage anticipation. In addition, this paper seeks to demonstrate what is the appropriate resource against partial sentence of merit, as well as its effectiveness. Finally, this thesis sought to address the treatment of the institute in the draft of the new code of Civil Procedure and it proposes a solution of *lege ferenda* for an appropriate regulation of the institute.

Keywords: Brazilian Civil Procedure. Partial judgment. Merit. Appeal. *Res judicata*. Condemnation with Reservation. Tutelage Anticipation. Formalism with Values. Fundamental Rights. Effectiveness. Duration Fair Process. Legal Security.

RIASSUNTO

Questa tesi si propone di analizzare la sentenza parziale di merito dal punto di vista del “formalismo con valori” come un modo per raggiungere una disposizione giudiziaria più veloce nel processo civile brasiliano. Per tanto è stata usata una metodologia di ricerca bibliografica e giurisprudenziale. L'obiettivo specifico del lavoro è dimostrare la possibilità della sentenza parziale di merito sul presupposto di, con sovrapposizione di richieste, uno di loro (o parte) può essere deciso senza dichiarazione conclusiva che manca, tuttavia, l'altra postulazione. Ancora sono stati affrontati due istituti simili nella legge italiana – condanna con riserva – e nella brasiliana – l'anticipazione della tutela. Inoltre il lavoro cerca di dimostrare qual è il ricorso appropriato contro sentenza parziale di merito e anche l'efficacia di quella. Infine questa tesi ha cercato di affrontare il trattamento dell'istituto nel progetto di nuovo Codice di Procedura Civile e proporre una soluzione di *lege ferenda* per una regolamentazione appropriata di quello.

Parole-chiave: Procedura Civile Brasiliana. Sentenza parziale. Merito. Appello. Cosa giudicata. Condanna con Riserva. Anticipazione della Tutela. Formalismo con Valori. Diritti fondamentali. Efficacia. Durata ragionevole del processo. Sicurezza giuridica.

SUMÁRIO

Introdução	11
------------------	----

PARTE I

Capítulo I

1.1 O processo civil como fenômeno cultural e a perspectiva do formalismo-valorativo. A técnica como meio de realização de valores. O processo civil na visão do formalismo-valorativo	18
1.1.1 O processo civil como fenômeno cultural	18
1.1.2 A técnica processual como meio de realização de valores	24
1.1.3 O processo civil na visão do formalismo-valorativo	29
1.2 Efetividade. Duração razoável do processo. Segurança jurídica	39
1.2.1 Considerações sobre a eficácia das normas constitucionais	39
1.2.2 Efetividade	44
1.2.3 Duração razoável do processo	57
1.2.4 Segurança jurídica	70

Capítulo II

2. A sentença – Conceito e Requisitos

2.1 Conceito de sentença no direito brasileiro	76
2.1.1 Conceito anterior à lei nº 11.232/05	77
2.1.2 Conceito posterior à lei nº 11.232/05	84
2.1.3. A sentença no direito estrangeiro	89
2.2 Requisitos da sentença	94

PARTE II

Capítulo III

3. A possibilidade de fracionamento do julgamento do mérito com a prolação de sentença parcial	105
3.1. <i>Condanna con riserva</i> – considerações iniciais	105
3.2. Estrutura da <i>condanna con riserva</i>	107
3.2.1. Prova plena do fato constitutivo	108
3.2.2. Exceção não fundada em prova escrita ou de pronta solução – exceção de alta indagação	116
3.2.3. Poder de deliberação sumária do juiz	120
3.3. Algumas hipóteses de <i>condanna con riserva</i>	128
3.3.1. O art. 1462 do Código Civil italiano	128
3.3.2. O art. 35 do CPC italiano	130

3.3.3. O art. 36 do CPC italiano	132
3.3.4. Os arts. 65 da Lei nº 1669/1933 (Cambiais) e 57 da Lei nº 1736/1933 (Cheques)	134

Capítulo IV

4. Antecipação da tutela	136
4.1 Conceito e alcance do instituto	136
4.2 Requisitos da antecipação da tutela	143
4.2.1 Convencimento do juiz	143
4.2.2 Prova inequívoca	145
4.3 Hipóteses de antecipação da tutela	150
4.3.1 Antecipação da tutela contra o perigo	150
4.3.2 Antecipação da tutela baseada na conduta do réu	153
4.3.3 Antecipação da tutela ante a incontrovérsia (parcial/total) do pedido ou de um ou mais dos pedidos cumulados (art. 273, § 6º, do CPC)	159

Capítulo V

5. A sentença parcial de mérito	168
5.1 As sentenças parciais de mérito no processo civil brasileiro	168
5.1.1 Ação de consignação em pagamento fundada em dúvida em relação ao credor	169
5.1.2 A ação de prestação de contas	175

5.1.3 As ações de demarcação e divisão de terras particulares	177
5.1.4 A sentença sujeita à liquidação e a que decide a liquidação	179
5.2 A sentença parcial de mérito como forma de alcançar a prestação jurisdicional em tempo razoável	185
5.2.1 Considerações iniciais	185
5.2.2 Fundamentos da sentença parcial de mérito	193
5.2.3 Recurso cabível contra a sentença parcial de mérito	215
5.2.4 Eficácia da sentença parcial de mérito	230

Capítulo VI

6. O projeto do novo Código de Processo Civil. A sentença parcial de mérito, eficácia e recurso cabível	245
6.1. Exposição do problema a partir do projeto do novo Código de Processo Civil - A insuficiência da legislação projetada para a adequada densificação do direito à duração razoável do processo	245
6.2. Proposta de <i>lege ferenda</i> para concretização da sentença parcial de mérito, eficácia e recurso cabível	256
7. Conclusões	272
8. Referências bibliográficas	276

INTRODUÇÃO

Um dos grandes entraves da prestação jurisdicional é a demora na solução dos litígios, que causa problemas não apenas ao Poder Judiciário, mas também à vida daqueles que vêm a juízo, muitas vezes atrasando definições, retardando grandes investimentos na economia, e com isso impedindo o próprio crescimento econômico.

A morosidade dos processos tem íntima relação com o acesso à justiça. De nada adianta ao cidadão poder recorrer ao Poder Judiciário se esse não atender à demanda em prazo razoável. Sem celeridade não há falar em efetividade da prestação jurisdicional.

O constituinte originário brasileiro omitiu-se de inserir, entre os Direitos e Garantias Individuais (art. 5º), o direito à duração razoável do processo, ao revés, por exemplo, da Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e das Constituições das Repúblicas Portuguesa e Italiana.

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos prescreve em seu art. 8º, nº 1, que **“Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável**, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada

contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.”¹

Segundo MAURO CAPPELLETTI e BRYANT GARTH, “em muitos países, as partes que buscam uma solução judicial precisam esperar dois ou três anos, ou mais, por uma decisão exequível. Os efeitos dessa delonga, especialmente se considerados os índices de inflação, podem ser devastadores.”² Ela aumenta os custos para as partes e pressiona os economicamente fracos a abandonar suas causas ou a aceitar acordos por valores muito inferiores àqueles a que teriam direito. A Convenção Europeia dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais reconhece explicitamente, no artigo 6º, parágrafo 1º, que a Justiça que não cumpre suas funções dentro de ‘um prazo razoável’ é, para muitas pessoas, uma Justiça inacessível”.³

CANOTILHO, comentando a ordem constitucional portuguesa, refere que “Uma das mais importantes inovações introduzidas pela LC 1/97 (4ª Revisão) consistiu na criação de **procedimentos judiciais céleres e prioritários** (CRP, art. 20º/4) de modo a

¹ A Convenção Americana sobre Direitos Humanos, mais conhecida como Pacto de San Jose da Costa Rica, de 1969, foi promulgada pelo Decreto Presidencial nº 678, de 06.11.92, publicado no Diário Oficial da União em 09 de novembro do mesmo ano - o grifo é nosso.

² Belmiro Patto reforça a ideia quanto aos efeitos da demora na prestação jurisdicional, dizendo que “Nas sociedades atuais, o tempo é fator decisivo para o exercício de determinados direitos, uma vez que a velocidade das transformações nas relações jurídicas é vertiginosa, assim como deve-se levar em consideração, também, a natureza mesma desses direitos que, se não efetivados em tempo hábil, podem vir a perecer, acarretando para a atividade jurisdicional desprestígio perante os cidadãos e gastos de dinheiro público inúteis” (Patto, Belmiro Jorge. Aspectos da Dimensão Temporal do Processo Civil nas Alterações Advindas da EC nº 45, de 8 de dezembro de 2004. In: Reforma do Judiciário - Primeiras Reflexões sobre a Emenda Constitucional n. 45/2004. Teresa Arruda Alvim Wambier e outros (coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 110).

³ Acesso à Justiça. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988, p. 20/21.

obter tutela efectiva e em tempo útil contra ameaças ou violações de direitos, liberdades e garantias. Não é fácil delimitar o sentido do **direito a um processo célere e prioritário**. Deve reter-se, numa primeira aproximação, alguns tópicos: a) o preceito constitucional (art. 20º/4) constitui, desde logo, uma *imposição constitucional* no sentido de o legislador ordinário conformar os vários processos (penal, civil e administrativo) no sentido de assegurar por via preferente e sumária a protecção de direitos, liberdades e garantias; b) a consagração de procedimentos judiciais céleres e prioritários não significa a introdução de uma *acção ou recurso de amparo* especificamente dirigida à tutela de direitos, liberdades e garantias, mas de um *direito constitucional de amparo* de direitos a efectivar através das vias judiciais normais; c) a efectivação deste direito pressupõe uma nova *formatação processual* tendente a responder às exigências de celeridade e prioridade (assim, por exemplo, redução de prazos, eliminação de eventuais recursos hierárquicos necessários no contencioso administrativo)".⁴

A Constituição Italiana, em seu art. 111, §§ 1º e 2º, introduzidos pela Lei Constitucional de 23.11.99, nº 2, bem como o DL, de 07.01.00, nº 2, convertido com modificações na Lei de 25.02.00, nº 35, e os arts. 2 e segs. da Lei de 24.03.01, nº 891, dispõem que **A lei deve assegurar ao processo uma duração razoável.**

Na Itália, o problema da lentidão da justiça já preocupa os juristas há muito tempo. NICOLÒ TROCKER⁵ referia, já em 1974, que por ser dinâmico, o processo encontra no fator tempo um dos seus elementos característicos e naturais, e que desde

⁴ Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 4ª ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 492/493.

⁵ Processo Civile e Costituzione - Problemi di Diritto Tedesco e Italiano. Milano: Giuffrè, 1974, p. 271.

o momento da propositura da demanda em juízo deve passar por várias fases intermediárias ligadas estrutural e funcionalmente, necessitando certo lapso de tempo antes de chegar a seu final natural, que é a sentença. E justamente na sua duração parece estar sua face mais problemática e vulnerável.⁶

No Brasil, somente a partir da EC nº 45/2004 passou a integrar o rol das garantias individuais ***o direito à razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação*** (art. 5º, inc. LXXVIII da Constituição Federal).

Não há dúvida de que a justiça brasileira é lenta.⁷ Não raro, um processo demora vários anos, às vezes décadas, para receber decisão definitiva, da qual não mais caiba qualquer recurso. E, ainda que disponha de uma sentença irrecorrível, condenatória ao pagamento de quantia certa, será necessário que o credor enfrente mais um caminho para satisfazer seu crédito, ou seja, a fase de cumprimento da sentença.⁸ E mesmo que a lei nº 11.232/05 tenha suprimido a autonomia do processo de execução da

⁶ Antonio Palermo, Juiz do Tribunal de Roma, dizia já na metade do século passado que o grande número de processos a que submetido o juiz italiano era uma das causas da apressada redação das decisões e da conseqüente insuficiência ou incongruência da respectiva fundamentação. Problema esse de maior relevância nos grandes tribunais, onde maior o número de processos, bem assim mais complexas as causas, relativamente aos tribunais menos importantes (Il Processo di Formazione della Sentenza Civile. Milano: Dott A. Giuffrè, 1956, pág. 170).

⁷ Lembra-se de que a lentidão da justiça não é privilégio do Brasil, pois o problema afeta, em maior ou menor grau, à grande maioria dos países, como referem Cappelletti e Garth (Acesso à Justiça. tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988, p. 20/21).

⁸ Não nos esqueçamos de que, com a Lei nº 8.952/94, as sentenças que impõem obrigação de fazer ou não fazer passaram a ter eficácia executiva *lato sensu*, pois para seu cumprimento não mais se faz necessária a instauração do processo de execução. Deixou-se de lado o rigor doutrinário para se alcançar uma maior efetividade nas decisões judiciais. O mesmo ocorreu em virtude da Lei nº 10.444/02 com as sentenças impondo a obrigação da entrega de coisa e, em decorrência da Lei nº 11.232/05, com a sentença que condena ao pagamento de quantia certa (ressalvada a condenação imposta à Fazenda Pública).

sentença condenatória ao pagamento de quantia,⁹ sincretizando as fases de conhecimento e satisfação do crédito, e a lei nº 11.382/06 tenha modernizado o CPC, relativamente à fase expropriatória de bens do devedor, ainda assim não resolveu por inteiro o problema da lentidão na prestação jurisdicional.

A lentidão da justiça brasileira apresenta-se mais acentuada em vista da “brutal velocidade das mudanças sociais”, à qual “soma-se a primeira experiência democrática jamais praticada na história humana, [...] numa busca por tutela jurisdicional que ameaça romper as previsões mais otimistas, numa onda crescente de litigiosidade, sem paralelo na História, provocando um formidável contrassenso representado por essa demanda avassaladora de justiça, através do Estado, a conviver com uma extraordinária rejeição da ideia de Estado protetor das garantias individuais”.¹⁰

Uma das razões da demora na prestação jurisdicional é a necessidade de dilação probatória, especialmente quando a inquirição de testemunhas deve ser deprecada, inclusive para o exterior; além disso, também implica delonga na solução da lide a

⁹ Ressalta-se, todavia, que a autonomia do processo de execução da sentença persiste quanto às condenações ao pagamento de quantia impostas à Fazenda Pública, em que continua sendo necessária a instauração de nova relação processual após o trânsito em julgado da sentença, ainda que a obrigação seja de pequeno valor, conforme o art. 100, § 3º, da Constituição Federal. Relativamente às obrigações alimentares, reconhecidas em título executivo judicial, a jurisprudência dominante do Tribunal de Justiça gaúcho orienta-se no sentido de que aplicável a Lei nº 11.232/05, por se tratar de meio mais célere de satisfação do crédito do alimentando. A propósito, entre outros julgados, vejam-se os proferidos nos Agravos de Instrumento Nº 70022614168 (Sétima Câmara Cível, Relatora a Desa. Maria Berenice Dias, Julgado em 18/12/2007) e Nº 70022013114 (Oitava Câmara Cível, Relator o Des. Cláudio Fidelis Faccenda, Julgado em 01/11/2007).

¹⁰ Silva, Ovídio A. Baptista da. *Celeridade versus Economia Processual*. GENESIS - Revista de Direito Processual Civil. Curitiba: nº 15, p. 50, jan-mar. 2000.

realização de prova pericial, a qual muitas vezes pode prolongar-se por vários anos, por sua complexidade.¹¹

Bem, mas o que fazer com um processo em que, finda a fase postulatória, a decisão de um dos pedidos (ou parte dele) já pode ser proferida, necessária a dilação probatória, no entanto, para a solução do outro (ou da outra parte)? Uma das alternativas é a possibilidade de o juiz proferir sentença definitiva parcial de mérito, moldes a alcançar ao autor (ou réu, em caso de reconvenção) pelo menos parte de sua pretensão, quando porção da lide possa ser resolvida em sede de julgamento antecipado, sem necessidade de dilação probatória – ou mesmo após a audiência de instrução, quando verificar o juiz que para a decisão sobre um pedido mostrar-se necessária a realização de prova pericial.

A presente tese, a ser desenvolvida sob o título “A SENTENÇA PARCIAL DE MÉRITO NA PERSPECTIVA DO FORMALISMO-VALORATIVO”, tem por escopo analisar a possibilidade de ser proferida sentença parcial de mérito, como um instrumento para acelerar a prestação da jurisdição, assim como seus efeitos e o recurso cabível contra esse ato judicial.

¹¹ Carlos Alberto Alvaro de Oliveira também refere, com absoluta propriedade, que não se deve olvidar dos fatores externos do processo, “entre os quais o excesso de causas no sistema (a determinar as chamadas etapas mortas do processo), a composição numérica adequada dos quadros que administram a justiça (juízes e serventuários em geral), a formação técnica e ética de juízes, advogados, promotores de justiça, procuradores, funcionários da justiça, peritos etc.) e principalmente de uma mentalidade que não seja apenas tecnoburocrática, mas empenhada na realização dos valores fundamentais do processo e da Constituição” (Os Direitos Fundamentais à Efetividade e à Segurança em Perspectiva Dinâmica. In: Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil, Porto Alegre, v. 4, nº 21, nov. 2007, p. 117).

Para o estudo do tema proposto, que tem como referencial teórico as lições do Prof. Dr. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira,¹² a primeira parte da tese, dividida em três capítulos, abordará o processo civil como fenômeno cultural e a perspectiva do formalismo-valorativo; a questão da efetividade, da segurança e da duração razoável do processo e, por fim, o conceito e requisitos da sentença, inclusive no direito comparado.

A segunda parte, formada por quatro capítulos, depois de uma incursão por institutos similares existentes no direito brasileiro e italiano, bem assim pela análise de algumas sentenças parciais de mérito já existentes no ordenamento processual pátrio, tratará especificamente do tema central da tese, que é o da possibilidade, no atual ordenamento processual civil brasileiro, de ser proferida sentença parcial de mérito na hipótese de um dos pedidos cumulados (ou parte do pedido) já estar maduro para o julgamento, sendo necessária dilação probatória para o restante da lide, assim como o recurso cabível e a eficácia daquela decisão. Finaliza a tese com um panorama sobre as perspectivas do instituto no projeto do novo Código de Processo Civil, em tramitação no Congresso Nacional, bem como uma proposta de *lege ferenda* para regulamentar adequadamente a sentença parcial de mérito, seus efeitos e o recurso cabível.

¹² Em especial as obras: “Do Formalismo no Processo Civil”. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003 e “O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo”. Revista do Processo, São Paulo, nº 137, p. 7/31, jun. 2006.

PARTE I

CAPITULO I

1.1. O processo civil como fenômeno cultural e a perspectiva do formalismo-valorativo. A técnica como meio de realização de valores. O processo civil na visão do formalismo-valorativo

1.1.1 O processo civil como fenômeno cultural e a perspectiva do formalismo-valorativo

O direito é produto do fenômeno cultural e o processo é reflexo desta cultura, que após tantas marchas e contramarchas ¹³, tornou-se instrumento de garantia do cidadão para a satisfação do direito material que afirma existir. E a realização desse direito, imbuído de valores que estruturam a vida jurídica de uma sociedade, depende da eleição de meios capazes de atingir suas finalidades em um espaço de tempo razoável.

A partir desses elementos, vê-se que o direito está umbilicalmente ligado à realidade social e as experiências vivenciadas pelo homem. Está, portanto, intimamente conectado com a cultura de um povo. Aliás, afirma Castanheira Neves que o “direito compete à autonomia cultural do homem, que, tanto no seu sentido como no conteúdo da sua normatividade, é uma resposta culturalmente humana (...) ao problema também

¹³ Nesse sentido ver Alvaro de Oliveira, Carlos Alberto. Do Formalismo no Processo Civil. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 83.

humano da convivência no mesmo mundo e num certo espaço histórico-social, e assim a necessidade ou a indisponibilidade de toda a cultura – não é ‘descoberto’ em termos da objectividade essencial pela ‘razão teórica’ e no domínio da filosofia especulativa ou teórica, é constituído por exigências humano-sociais particulares explicitadas pela ‘razão prática’ e imputado à responsabilidade poética da filosofia prática”.¹⁴ Isto é, a experiência pragmática que compõe a cultura de um povo é “considerada como o conjunto de vivências de ordem espiritual e material, que singularizam determinada época de uma sociedade”, como bem definiu Galeno Lacerda.¹⁵

Aliás, já na Idade Média o direito era formado pelos costumes, ou seja, era fruto da cultura da época, conforme Paolo Grossi, para quem “o costume era uma lei em potencial e a lei era o costume certificado e sistematizado; um e outra em contínua osmose”.¹⁶

Salienta, ademais, Miguel Reale, fundado em Rickert, que “Direito, Moral, Religião, Economia, Arte são todas as expressões do mundo da Cultura, representam conjuntos de bens que estabelecem a ligação tão desejada entre a Natureza e os valores, entre o *ser* e o *dever ser*”.¹⁷ Obviamente que o mundo dos valores transcende o da razão

¹⁴ Metodologia Jurídica - Problemas Fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 1993, p. 47, *apud* Daniel Mitidiero. Elementos para uma Teoria Contemporânea do Processo Civil Brasileiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 12.

¹⁵ Processo e Cultura. In: Revista de Direito Processual Civil. Ed. Saraiva, São Paulo: Saraiva, 1961, v. III, p. 75. Ver ainda RICKERT, Ciencia Cultural y Ciencia Natural, tradução de Manuel Morente, Madri, 1922, p. 23 e segs.

¹⁶ - El Orden Jurídico Medieval, tradução de Francisco Tomás y Valiente e Clara Alvarez. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 1996, p. 103.

¹⁷ Fundamentos do Direito. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972, p. 179.

prática, o da experiência, porém esses valores estão entrelaçados, ligados aos objetos e aos fatos. Aqui a genialidade de Rickert torna-se importante, na medida em que apresenta a ideia de cultura como elo forte entre o ser e o dever ser.¹⁸ Vale dizer, como bem lembra o filósofo Heimsoeth, não mais podem existir dois mundos sem comunicação entre si, pois ficariam existindo um diante do outro; um deles abstrato e ideal, o outro real e concreto, apenas relacionados pelo fato de um achar-se abrangido dentro do outro.¹⁹

Nessa necessária interdisciplinaridade entre filosofia e direito (certamente outras ciências participam do fenômeno), pode-se ter presente a noção de que Direito efetivamente é produto da cultura do homem, razão pela qual imperativo o abandono da inadequada concepção de processo idealizada na Idade Moderna, período em que a intenção foi a de tecnicizar o direito, tornando-o puramente técnico e alheio a valores na sua operacionalidade.

A propósito, bem ressaltado por Giovanni Tarello, com a total desvinculação entre os direitos material e processual, a pretensão foi a de tornar os operadores do direito “escravos do poder”²⁰, a despeito de por muito tempo ter-se acreditado que o processo era instrumento destinado à realização do direito material, sem qualquer influência do Estado ou do Poder, diante da imparcialidade e da neutralidade. Nas palavras de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira “a concepção que se tinha da ciência processual, na

¹⁸ Miguel Reale. *op. cit.*, p. 178.

¹⁹ Heinz Heimsoeth, *A Filosofia no Século XX*, tradução do Prof. Cabral de Moncada, São Paulo: 1938, p. 28, *apud* Miguel Reale. *op. cit.*, p. 178.

²⁰ Tarello, Giovanni. *Storia della Cultura Giuridica Moderna*. Bolonha: Il Mulino, 1976, p. 219.

primeira metade deste século, como bem mostra Vittorio Denti (Processo Civile e Giustizia Sociale, Milano, 1971, Ed. Di Comunità, p. 17 e segs.), era a de que deveria estar afastada do meio social, voltada para a elaboração de princípios e categorias dotados de intrínseca validade. Daí o enorme desenvolvimento de conceitos como jurisdição, ação, coisa julgada, ato processual, procedimento, lide, questão, etc. Porém, destaca com agudeza Vittorio Denti (*op. et loc. cits.*), em realidade a neutralidade dessa construção era apenas aparente, correspondendo à ideologia conservadora da qual a ciência jurídica havia extraído os seus princípios informadores”.²¹

Em meados do século XIX, Wach e Chiovenda, respectivamente na Alemanha e na Itália, afirmaram a autonomia da ação em relação ao direito material, sob o fundamento de que a ação, conquanto dirigida à tutela do direito material, reclama a autoridade do Estado e busca a observância do ordenamento jurídico. Neste método científico, a pretensão da racionalidade teórica ou positivista era justamente afastar a problemática em torno da ‘justiça’ e impor uma norma jurídica elaborada pelo Poder Legislativo, consoante a ideologia do Estado.

Este novo paradigma para a ciência jurídica, estruturado pelo iluminismo-racionalismo, afastou a visão privatística do processo vigente no período do direito romano, época em que aquele tinha natureza de negócio jurídico de direito privado, cujo início dependia de prévio consenso das partes envolvidas. Além de o processo ser

²¹ Procedimento e Ideologia no Direito Brasileiro Atual. Revista da AJURIS, Porto Alegre, nº 33, mar. 1985, p. 79.

entendido como mera sequência de atos destinados à aplicação do direito, o Estado não intervinha na esfera privada e tampouco sujeitava os litigantes à sua decisão.

A modificação da natureza do direito processual não exclui, no entanto, a iniciativa do processo pelas partes, assim como sua efetiva participação na solução do litígio. O novo modelo de processo apenas atribui ao Estado a jurisdição e a tarefa de buscar a solução da lide, à qual as partes devem submeter-se.

Passo importante para explicar a natureza pública do processo deve-se a Oskar Bülow, que teorizou a ideia de processo como relação jurídica, para afastar sua noção de mero procedimento destinado apenas à aplicação da lei ao caso particular.

É sabido que a ideia de processo como relação jurídica já era conhecida no direito medieval. No entanto, foi a teoria de Bülow que a sistematizou com caráter de natureza pública, atribuindo-lhe pressupostos e princípios próprios. A conclusão pela natureza pública do processo resultou do exame das exceções dilatórias, quando percebeu que os vícios processuais nada têm a ver com o direito material. Vale dizer: concluiu que o vício reconhecido no processo não contamina ou atinge a relação de direito material.

A despeito dessa conclusão, a teoria de Bülow foi criticada, pois ainda que diferenciada da relação jurídica de natureza privada, a relação jurídica processual foi conceituada como abstrata, conforme modelo pandectista.

Com efeito, conceituar o processo como relação jurídica de natureza pública e abstrata retoma a aporia encontrada nos sistemas francês e alemão, em que a neutralidade do direito ignorava os verdadeiros anseios da sociedade, em especial os interesses das partes, e com isso a 'justiça' anteriormente mencionada, com o escopo de camuflar ou realmente ocultar a verdadeira intenção do Estado.

A propósito, lembra Daniel Mitidiero, a neutralidade do conceito de relação jurídica é o bastante para esconder qualquer vontade do Estado. E o Estado, por sua vez, jamais será neutro, pois tem projetos a serem realizados a partir de seus valores.²²

A crítica à teoria da relação jurídica deve ser compreendida de acordo com o seu momento histórico, obviamente. É inquestionável que o Direito, produto do fenômeno cultural, sofre o influxo dos movimentos históricos, já que voltado a regular as relações sociais. E o processo, por sua vez, que também acompanha as alterações histórico-sociais, passou a ser visto como instrumento da ciência jurídica, cujo objetivo é realizar o direito material e alcançar a paz social. Portanto, o processo não pode mais ser visto como de índole puramente técnica, infenso a valores que permeiam a sociedade, mas como instituto que tem como fim último a harmonia e paz social, e com isso manter uma ordem jurídica justa.

²² Mitidiero, Daniel. Elementos para uma Teoria Contemporânea do Processo Civil Brasileiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 141-145.

1.1.2. A técnica processual como meio de realização de valores

Esta visão teleológica, afirmada ao longo do tempo, confere ao processo caráter de instituição, e como tal exige reflexões acerca dos escopos do sistema processual. Nesse aspecto, Cândido Rangel Dinamarco, na obra em que dedicou ao tema, afirma que o processo civil vive um terceiro momento metodológico: a “consciência da *instrumentalidade*”.²³ Não só isso: chamou a atenção para a problemática do escopo da jurisdição, situação frequentemente descuidada pela doutrina, na medida em que conceituar o processo como instrumento é extremamente vago e quase nada acrescenta ao seu conhecimento, se não for indicada a sua finalidade.

Vale dizer: o direito processual e o processo como instrumento possuem objetivos a serem alcançados. O processo como instrumento é meio, e como tal só se legitima se alcançar os fins a que se destina, quais sejam: realizar o direito material e manter a ordem jurídica por meio da pacificação social. Desta forma, Dinamarco assevera que o “raciocínio teleológico há de incluir então, necessariamente, a fixação dos escopos do processo, ou seja, dos *propósitos* norteadores da sua instituição e das condutas dos agentes estatais que o utilizam. Assim é que se poderá conferir um conteúdo substancial a essa usual assertiva da doutrina, mediante a investigação do escopo, ou escopos em razão dos quais toda ordem jurídica inclui um sistema processual”.²⁴

²³ Dinamarco, Cândido. *A Instrumentalidade do Processo*. 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 22.

²⁴ *Idem*, p. 181.

Apontada problemática deve ser enfrentada e resolvida para que se possa apreciar qualquer espécie de técnica processual, pois esta é “a predisposição ordenada de meios destinados a obter certos resultados. Toda técnica, por isso, é eminentemente instrumental, no sentido de que só se justifica em razão da existência de alguma finalidade a cumprir e de que deve ser instituída e praticada com vistas à plena consecução da finalidade. Daí a ideia de que todo objetivo traçado sem o aporte de uma técnica destinada a proporcionar sua consecução é estéril; e é cega toda técnica construída sem a visão clara dos objetivos a serem atuados”.²⁵

É inegável que o caráter instrumental do processo fundamenta-se em tutelar adequadamente os direitos daquele que mereça tutela e, por isso, deve ser sistematizado conforme as mais variadas exigências do direito material. Obviamente que o legislador processual não poderá prever todos os casos particulares (pois a vida é dinâmica), mas deverá estruturar o processo de modo a possibilitar sua adequação ao caso concreto apresentado.²⁶

O processo, na sua real “condição de autêntica ferramenta de natureza pública indispensável para a realização da justiça e da pacificação social, não pode ser

²⁵ Idem, op. Cit., p. 273/274

²⁶ Nesse sentido ressalta Luiz Guilherme Marinoni que “o processo deve ser estruturado de acordo com as necessidades do direito material, além de ter que ser compreendido, pelo juiz, como instrumento capaz de dar proteção às situações carentes de tutela”; além disso, afirma que “a ideia de adequação do processo ao direito material exige, em um primeiro momento, que o processo seja visto como técnica processual destinada à efetividade dos direitos (...)”. Técnica Processual e Tutela dos Direitos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 28.

compreendido como mera técnica, mas, sim, como instrumento de realização de valores e especialmente de valores constitucionais”.²⁷

A questão passa pela polêmica acerca da “ação” processual e sua autonomia em relação ao direito substancial, de cuja história, a despeito das marchas e contramarchas, infere-se um ciclo de evolução, como bem coloca Carlos Alberto Alvaro de Oliveira.²⁸

Veja-se que a nova forma de pensar o processo dissocia-se por completo da que vigorou no período clássico, no qual a principal finalidade do Estado Liberal era garantir a liberdade dos cidadãos, delimitando seus poderes intervencionistas na esfera jurídica particular. Em face da então igualdade formal, as distintas posições ocupadas pelos cidadãos eram desconsideradas pela lei, a qual deveria ser “clarividente e cega” ao mesmo tempo, conforme Montesquieu.²⁹

Além disso, o tratamento igualitário conferido pela lei impedia que o Estado-Juiz interpretasse-a conforme a realidade social, sob pena de se viver em sociedade sem saber quais os compromissos nela assumidos, consoante Montesquieu. Não fosse só isso, definir o juiz como “a boca da lei” era a garantia de um julgamento conforme o

²⁷ Alvaro de Oliveira, Carlos Alberto. Do formalismo no processo civil. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 73-6 e 83-4.

²⁸ Alvaro de Oliveira, Carlos Alberto. Efetividade e processo de conhecimento. Revista da AJURIS, Porto Alegre: nº 75, p. 123, set. 1999.

²⁹ Montesquieu. Do espírito das leis. São Paulo: Abril Cultural, 1973, p. 160.

“texto exato da lei”,³⁰ garantindo, assim, a liberdade política e a segurança do indivíduo.

Reflexo lógico dessa postura individualista no processo é que a sentença apenas declarava o texto da lei, afirmando, desta forma, a vontade do legislador. No entanto, não apenas a atividade normativa do juiz foi retirada, mas também os atos de império foram coibidos, impedindo-se que às suas decisões fosse atribuída eficácia executiva, e, com isso, ficava afastada qualquer atividade opressora por parte do Estado-Juiz.

Dirigido à defesa da liberdade individual em relação ao Estado, o direito liberal-clássico refletia a “ideologia liberal da intangibilidade da vontade humana”,³¹ especialmente porque o Estado “não se preocupava em proteger os menos favorecidos e em promover políticas públicas para uma organização comunitária mais justa, mas apenas em manter em funcionamento os mecanismos de mercado, sem qualquer preocupação com as diferenças das posições sociais”. Por conseguinte, toda e qualquer intromissão do Estado junto aos cidadãos era tida como uma interferência indevida.³²

Considerando tais concepções privatísticas, “as formas do processo sempre foram vistas como ‘garantia das liberdades’. Tal relação foi posta às claras por Vittorio Denti, ao advertir que a antiga concepção burocrática da função jurisdicional, marcada pela

³⁰ Montesquieu. op. cit., p. 158.

³¹ Marinoni, Luiz Guilherme. Técnica processual e tutela dos direitos. cit., p. 40.

³² Idem, op.cit., p. 40.

excessiva racionalização do exercício dos poderes do juiz, foi a responsável pela ideia de criar um modelo único de procedimento”.³³

Em assim sendo, como o processo era apenas uma forma tipificada para declarar o que previamente constava na lei, a sentença era vista como meio processual abstrato em relação ao direito material.

A caracterização do direito processual civil como adjetivo, cuja existência ligava-se ao direito substancial, apresentava uma metodologia sincrética destituída de qualquer conteúdo axiológico.³⁴

Diga-se de passagem, esse sincretismo foi responsável pela polêmica confusão entre os planos substancial e processual, que, como referimos, começou a perder força a partir da segunda metade do século XIX, quando o direito processual passou a ser

³³ Denti, Vittorio. Il processo di cognizione nella storia delle riforme, Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, 1993, p. 808, *apud* Marinoni, Luiz Guilherme. Técnica processual e tutela dos direitos, cit., p. 43.

³⁴ Nesse sentido, leia-se clássica crítica de Galeno Lacerda: “erro arraigado, cometido até por autores de tomo, consiste em definir o direito processual como direito adjetivo, ou como direito formal. O primeiro, de impropriedade manifesta, legou-nos Bentham. Tão impróprio é definir o arado como adjetivo da terra, o piano como adjetivo da música, quanto o processo como adjetivo do direito em função do qual ele atua. Instrumento não constitui qualidade da matéria que modela, mas ente ontologicamente distinto, embora a esta vinculado por um nexo de finalidade. Se não é qualidade, também não será forma, conceito que pressupõe a mesma e, no caso, inexistente integração ontológica com a matéria. A toda evidência, processo não significa forma do direito material. Aqui, o erro provém de indevida aplicação aos dois ramos do direito das noções metafísicas de matéria e forma, como conceitos complementares. Definidas as normas fundamentais, reguladoras das relações jurídicas, com direito material, ao direito disciplinador do processo outra classificação não restaria senão a de formal. O paralelo se revela primário em seu simplismo sofisticado. O direito material há de regular as formas próprias que substanciam e especificam os atos jurídicos materiais, ao passo que o direito processual, como instrumento de definição e realização daquele em concreto, há de disciplinar, também, as formas que substanciam e especificam os atos jurídicos processuais. Em suma, a antítese não é direito material - direito formal e sim, direito material - direito instrumental. Isto porque instrumento, como ente *a se*, possui matéria e formas próprias, independentes da matéria e da forma da realidade jurídica, dita material, sobre a qual opera”. (Comentários ao Código de Processo Civil. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, v. VIII, t. I, p. 23-24).

visto como ciência e não mais como mero conhecimento empírico, “sem qualquer consciência de princípios, sem conceitos próprios e sem definição de um método. O processo mesmo, como realidade da experiência perante os juízos e tribunais, era visto apenas em sua realidade física exterior e perceptível aos sentidos: confundiam-se com o mero procedimento quando o definiam como sucessão de atos, sem nada se dizerem sobre a relação jurídica que existe entre seus sujeitos (relação jurídica processual), nem sobre a conveniência política de deixar caminho aberto para a participação dos litigantes (contraditório)”.³⁵

1.1.3. O processo civil na visão do formalismo-valorativo

A racionalidade positivista, que identificava a autonomia da ciência processual e limitava-a à feição estritamente técnica, foi, aos poucos, portanto, sendo substituída por um movimento cultural que culminou no formalismo-valorativo, cujo principal escopo jurídico é concretizar, em sentido amplo, os valores constitucionais.

Carlos Alberto Alvaro de Oliveira bem definiu o conceito de formalismo como sendo aquele que abarca “a totalidade formal do processo, compreendendo não só a forma, ou as formalidades, mas especialmente a delimitação dos *poderes, faculdades e deveres* dos sujeitos processuais, coordenação de sua atividade, ordenação do procedimento e organização do processo, com vistas a que sejam atingidas suas finalidades primordiais. A forma em sentido amplo investe-se, assim, da tarefa de

³⁵ Dinamarco, Cândido. Instituições de Direito Processual Civil. 4ª ed., São Paulo: Malheiros Editora, 2004, v. I, p. 255.

indicar as fronteiras para o começo e o fim do processo, circunscrever o material a ser formado, estabelecer dentro de quais limites devem cooperar e agir as pessoas atuantes no processo para o seu desenvolvimento. O formalismo processual contém, portanto, a própria ideia do processo como organização da desordem, emprestando previsibilidade a todo o procedimento”.³⁶

A propósito, “Se o processo não obedecesse a uma ordem determinada, cada ato devendo ser praticado a seu devido tempo e lugar, fácil entender que o litígio desembocaria numa disputa desordenada, sem limites ou garantias para as partes, prevalecendo ou podendo prevalecer a arbitrariedade e parcialidade do órgão judicial ou a chicana do adversário”.³⁷

Por outro lado, o formalismo não cuida apenas de diretrizes destinadas a organizar ou manter a ordem processual, mas também se destina a orientar a atividade

³⁶ Do formalismo no processo civil. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 6/7.

Na lição de Miguel Teixeira de Souza, “o processo civil do futuro será um processo subordinado tanto a uma orientação social, quanto à função do juiz e às suas relações com as partes, como a uma concepção heurística, quanto à sua teleologia (que é o apuramento da verdade dos factos). Qualquer dos parâmetros exige uma transferência da responsabilidade pela direcção do processo - ou, se se quiser -, pela gestão do processo - das partes para o juiz. Não se trata de permitir que o juiz exerça um ‘suave paternalismo’ sobre as partes, nem de afastar a argumentação e a retórica do processo, mas apenas de ser conseqüente com a exigência de que o processo deve ser primordialmente orientado para a descoberta da verdade” (Um novo processo civil português: à la recherche du temps perdu? Revista do Processo, São Paulo, nº 161, jul. 2008, p. 212).

³⁷ O fenômeno foi assinalado corretamente por Rudolf von Jhering, *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, v. 3. Aalen: Scientia Verlag, 1968, § 50, p. 25-26 (reprodução inalterada da 5ª ed. de Leipzig de 1906), *apud* Alvaro de Oliveira, Carlos Alberto. O Formalismo-Valorativo no Confronto com o Formalismo Excessivo. Revista de Processo, São Paulo, n. 137, p. 8, jun. 2006.

do juiz, assim como disciplinar o seu poder, o que garante o desejável equilíbrio entre as partes e o poder estatal.³⁸

Assentadas essas premissas, impõe-se ressaltar que o processo não é apenas um instrumento. Cuida-se de um instrumento impregnado de valores fundamentais e de ética que demonstra valor próprio, sem, contudo, obviamente, deixar de reconhecer sua estrutura técnica. Como bem define Dinamarco, “visto por essa perspectiva integrada, o processo deixa de ser considerado mero instrumento técnico para a realização do direito material. Dizia-se que a missão do juiz seria a efetivação das leis substanciais, não lhe competindo o juízo do bem ou do mal, do justo ou do injusto. Sentenças injustas seriam o fruto de leis injustas e a responsabilidade por essa injustiça seria do legislador, não do juiz. Mas o juiz moderno tem solene compromisso com a justiça. Não só deve participar adequadamente das atividades processuais, endereçando-as à do processo como mera técnica instrumentalmente conexa ao direito material. Ele é uma técnica, sim, mas técnica que deve ser informada pelos objetivos e ideologias revelados na ciência processual e levada a efeito com vista à efetivação do valor justo. Conjuntamente com o próprio direito substancial, descoberta de fatos relevantes e correta interpretação da lei, como ainda (e principalmente) buscando oferecer às partes a solução que realmente realize o escopo de fazer justiça. Eis por que a doutrina atual considera pobre e insuficiente a indicação de que o processo é instrumentalmente conexo ao supremo objetivo de pacificar com justiça”.³⁹

³⁸ Nesse sentido, leia-se esclarecedor texto de Alvaro de Oliveira, Carlos Alberto. O Formalismo-Valorativo no Confronto com o Formalismo Excessivo, cit., p. 8 e segs.

³⁹ Dinamarco, Cândido. Instituições de Direito Processual Civil. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004, v. I, p. 60/61.

Como se vê, a imprescindibilidade do direito material para o direito processual não significa a adoção de um único procedimento, como preconizado pela escola sistemática. À toda evidência, a atividade jurisdicional, girando em torno do direito material, demonstra a existência de dois planos, salvo alguns casos que independem da incidência do suporte fático. Aliás, não poderia ser diferente, pois a razão essencial do processo é realizar o direito material à luz da realidade social. Isso porque, como já ressaltado, o direito como ciência cultural não é direito sem se manifestar na prática e como prática, motivo pelo qual o que está apenas na lei ou no papel não passa de palavras vazias, destituídas de valor se não realizar a vida, o próprio direito.⁴⁰

Então, da conquistada autonomia do processo não se infere seu isolamento, tampouco significa “sinônimo de neutralidade ou indiferença” ao direito material e aos valores sociais. “A pretendida ‘neutralidade do juiz’ – que na verdade é um problema falso, pois o que pode e deve importar é a imparcialidade -, pode ser pensada na mesma dimensão do problema da ‘neutralidade do processo’. Na realidade, as confusões entre autonomia e neutralidade do processo e imparcialidade e neutralidade do juiz não são tão inocentes assim, *pois ambas têm a não elogiável intenção de afastar do Poder Judiciário algo que é fundamental para a aplicação da justiça ao caso concreto. Nem o juiz nem o processo podem ser neutros*”.⁴¹

⁴⁰ Alvaro de Oliveira, Carlos Alberto. Efetividade e Processo de Conhecimento. Revista da AJURIS, Porto Alegre: nº 75, set. 1999, p. 120.

⁴¹ Marinoni, Luiz Guilherme. Técnica processual e tutela dos direitos. cit., p.56.

A indesejável passividade do juiz na apreciação da verdade, conforme experiência evidenciada pela concepção clássica, não se pode manter diante do novo ideário democrático concernente à reconstitucionalização dos direitos e garantias individuais. Como bem pondera Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, “a perspectiva constitucional do processo veio a contribuir para afastar o processo do plano das construções conceituais e meramente técnicas e inseri-lo na realidade política e social”.⁴²

O formalismo, deste modo, como fenômeno cultural, não se confunde com técnica, já que esta é totalmente destituída de conteúdo axiológico, mas concerne organizar um processo justo e alcançar, em tempo razoável, a prestação jurisdicional. Em função desta nova visão, deve-se a Carlos Alberto Alvaro de Oliveira o novo conceito: formalismo-valorativo no processo civil, no sentido de que o processo não mais pode ser pensado sem examinarmos os valores e os fins a que ele se destina: a tutela do direito material e a harmonia social.

Mas não é só isso. Não basta tutelar os interesses das partes: a prestação jurisdicional deve ser efetiva e segura. Como coloca Alvaro de Oliveira, “a análise dos valores mais importantes para o processo: por um lado, a realização de justiça material e a paz social, por outro, a efetividade, a segurança e a organização interna justa do próprio processo (*fair trial*). Os dois primeiros estão vinculados aos fins do processo, os três últimos ostentam uma face instrumental em relação àqueles”. E arremata: “a efetividade e a segurança apresentam-se como valores essenciais para a conformação

⁴² O Formalismo-Valorativo no Confronto com o Formalismo Excessivo. cit. p. 15.

do processo em tal ou qual direção, com vistas a satisfazer determinadas finalidades, servindo também para orientar o juiz na aplicação das regras e princípios”.⁴³

Esta fecunda produção científica, formadora de uma verdadeira corrente de pensamento no âmbito do direito processual, chamada escola da efetividade do processo, encontrou em Franz Klein seu principal idealizador e defensor.

Com o intuito de fulminar de forma barata e simplificada o mal social (“sozial Übel”) que é o processo, o eminente jurista austríaco traz a relevo os princípios da oralidade, da publicidade e da livre valoração da prova como meios ou técnicas para alcançar, com efetividade, o bem-estar social. Para tanto, indispensável a maior participação do juiz, especialmente na investigação dos fatos, com escopo de auxiliar e suprir as incompletudes nos pedidos e alegações formulados pelas partes, deixando de lado sua velha função de mero fiscalizador e observador do processo.⁴⁴

O processo é permeado por valores sociais que determinam que o juiz ultrapasse a “posição de mero árbitro fiscalizador da observância das ‘regras do jogo’, para alcançar *status* de ativo participante com vistas a evitar a perda da causa pela escassa habilidade da parte ou de seu representante. Por isso, Klein reputa o processo como instituto destinado a promover o bem estar coletivo, considerando-o principalmente como fenômeno social de massa. Seria um erro, pondera Klein, pensar que a

⁴³ É bom lembrar que Alvaro de Oliveira foi o primeiro processualista a acrescentar o valor segurança na conformação do processo, considerado de um ponto de vista sistemático, em confronto com o valor efetividade (O Formalismo-Valorativo no Confronto com o Formalismo Excessivo. cit. p. 13).

⁴⁴ Alvaro de Oliveira, Carlos Alberto. Poderes do Juiz e Visão Cooperativa do Processo. Revista da AJURIS, Porto Alegre, nº 90, p. 58, jun. 2003.

inatividade do juiz e a atividade exclusiva das partes constituiriam no processo a última conclusão de toda a sapiência humana”.⁴⁵

Disso resulta que com a nova perspectiva do processo, após o desenvolvimento da ciência processual, impõe-se a exigência de mecanismos capazes de realizar o direito material dentro da nova ordem jurídica constitucional e, com isso, manter o ordenamento jurídico e a autoridade do Estado. Cuida-se do direito processual civil aplicado.

Surge aí a técnica processual, com a tarefa primordial de concretizar as finalidades a que se destinou o instrumento processual. Compete à técnica formar a síntese entre o sistema e a forma.⁴⁶ Impõe ressaltar que a técnica não pode ser confundida com o direito, muito menos com os valores que o informam, na medida em que este é a positivação do poder, ao passo que aquela constitui um mecanismo para executar os imperativos normativos do direito.

Desta forma, tais técnicas processuais objetivam atalhar os caminhos do procedimento ordinário, a fim de obter a tempestividade da tutela, e, com isso, permitir uma atuação judicial mais efetiva, já que atendem à realidade de maneira mais célere. É dizer: colocar a técnica de modo a concretizar o direito material, com a máxima

⁴⁵ Klein, Franz, *Zeit und Geistesströmungen in Prozess*, in *Reden, Vorträge, Aufsätze*, Wien, Manz, 1927, p. 126/134, *apud* Alvaro de Oliveira, Carlos Alberto. *Poderes do Juiz e Visão Cooperativa do Processo*. cit., p. 58.

⁴⁶ J. Haesaert, *Théorie générale du droit*, Bruxelles, Émile Bruylant, 1948, p. 454, *apud* Alvaro de Oliveira, Carlos Alberto. *Do Formalismo no Processo Civil*. cit., p. 125.

cooperação das partes, bem como do próprio juiz, de forma que a regulação contenha apenas o indispensável para uma condução do feito.⁴⁷

Nascem, assim, as tutelas diferenciadas, como resultado da ineficácia das tutelas tradicionais em unir a efetividade com a celeridade sem violar princípios constitucionais conformadores do processo. A visão externa deste cede espaço para uma visão de um mecanismo interno, no sentido de integrar os direitos material e processual e, com isso, prestar uma tutela mais efetiva e justa.

Obviamente que não se pode pensar em uma tutela diferenciada para cada direito existente, o que seria impossível e inaceitável, mas é, sem dúvida, função da tutela jurisdicional diferenciada a de adequação do sistema jurídico ao caso concreto para uma prestação mais célere.

A propósito, não se pode deixar de destacar inovação do CPC português, cujo art. 265-A, introduzido pelo Decreto – Lei nº 329-A, de 1995, instituiu o chamado *princípio da adequação formal*, tendo aquele a seguinte redação: “Quando a tramitação processual prevista na lei não se adequar às especificidades da causa, deve o juiz oficiosamente, ouvidas as partes, determinar a prática dos actos que melhor se ajustem ao fim do processo, bem como as necessárias adaptações”, e que visa, conforme a Exposição de Motivos do referido ato legislativo, a “obviar-se a que as regras rígidas de

⁴⁷ Troller, Alois. Von den Grundlagen des zivilprozessualen Formalismus. Basel: Helbing & Lichtenhahn, 1945, p. 99, *apud* Alvaro de Oliveira, Carlos Alberto. Do Formalismo no Processo Civil. cit., p. 126.

natureza estritamente procedimental possam impedir a efectivação em juízo dos direitos e a plena discussão da matéria relevante para propiciar a justa composição do litígio”.

Consoante a doutrina, o novo dispositivo busca quebrar o estrito regime da legalidade das regras do processo, com a remoção de óbice ao acesso à justiça, em atenção à natureza instrumental da forma do processo, na medida em que o andamento traçado pela lei não for adequado à finalidade do processo, atribuindo-se, via de consequência, poderes ao juiz para adequar a ordem dos atos processuais às especificidades da lide trazida ao juízo, reorganizando os atos a serem efetivados, até mesmo com “a determinação da prática de ato não previsto ou a dispensa de ato inútil previsto, ou ainda com a alteração da ordem dos atos abstratamente disciplinados em lei”.⁴⁸

⁴⁸ Gajardoni, Fernando da Fonseca. Princípio da adequação formal do direito processual civil português. Revista de Processo, São Paulo, nº 164, out. 2008, p. 127.

Trata-se de disposição que deve ser aplicada em hipóteses excepcionais, só se justificando em havendo circunstâncias especiais, relativas ao direito material, e que aconselhem a alteração da forma no procedimento previsto na regra processual. Tem sido admitida, pois, em alguns casos: a) cumulação objetiva e subjetiva, reconvenção, apensamento de processos, quando o juiz pode criar um procedimento que compatibilize todos os objetos pretendidos, mesmo que seja necessário afastar-se do procedimento comum ou especial fixado para cada um dos pedidos cumulados; b) inadequação do procedimento previsto em lei para a lide com objeto simples, em que se admite, ainda que haja um só pedido, o uso de um procedimento distinto do previsto pela lei visando a mais adequada e justa composição do litígio; c) adequação de uma fase do processo, permitindo, por exemplo, a inquirição de uma testemunha em audiência preliminar em sendo necessário para apreciar uma exceção a ser decidida de imediato. Ainda, conforme a doutrina portuguesa, o princípio da adequação da forma não é de aplicação universal, estando excluídas de sua abrangência, portanto, algumas hipóteses: a) a forma para praticar o ato processual em si, não podendo ser dispensada pelo juiz, ainda que a considere injusta, uma vez expressamente prevista como essencial pelo legislador; b) os pressupostos processuais, que não podem ser dispensados a pretexto de incompatíveis com a adequação formal. Desta forma, é inviável a cumulação de vários pedidos num mesmo processo, em não sendo o juízo competente para todos eles; c) se já existe um procedimento especial previsto em lei, já tendo o legislador feito a adequação entre o procedimento e o direito material, não pode o juiz afastá-lo, fazendo nova adequação (op. cit., p. 128/130).

De tal sorte, como já antes mencionado, técnicas diferenciadas foram instituídas e processos tornaram-se sincréticos, de modo a evitar a morosidade na prestação jurisdicional e promover a pacificação social, verdadeiro papel do Estado.

No que respeita à concentração dos procedimentos, ensina Marinoni: “se o Estado possui dever de proteção e, assim, dever de prestar a tutela jurisdicional efetiva, ele não pode tratar a execução como algo que não lhe diz respeito, deixando-a à livre disposição daquele que obteve a sentença (...)”. Afirma o processualista que a função do Estado não termina com a declaração do direito, como ocorria outrora, mas no atual momento histórico em que vivemos, torna-se imperativo a efetiva e concreta realização do direito declarado na sentença. “Não foi por outra razão que os arts. 461 e 461-A do CPC e o art. 84 do CDC deram ao juiz o poder de atuar de ofício, mesmo depois de transitada em julgado a sentença, para estabelecer multa, alterar o seu valor, ou ainda modificar a medida executiva já instituída, libertando o juiz das amarras do legislador, mas não o deixando, como é óbvio, sem controle algum, uma vez que este passou a ser feito pela regra da proporcionalidade (...)”.⁴⁹

Por fim, foi justamente da necessidade de uma prestação jurisdicional mais célere, aliada à nova visão do processo civil do autor, que o sistema conferiu poderes ao juiz, para, de ofício, conceder medida executiva quando o caso particular assim o exigir, ainda que não haja previsão legal. Tal procedimento, por dispensar o processo de execução, levou ao sincretismo processual (concentração dos processos de conhecimento e de execução), técnica cada vez mais relevante diante das exigências

⁴⁹ Marinoni, Luiz Guilherme. Técnica Processual e Tutela dos Direitos. cit. p. 123.

do direito material. Note-se que as regras que conferem ao juiz esse poder de conceder tutela antecipatória no processo de conhecimento e medida executiva que julgar necessária, evidenciam o dever de realizar o direito fundamental, que é a prestação jurisdicional no caso concreto.

1.2. Efetividade. Duração razoável do processo. Segurança jurídica

1.2.1. Considerações sobre a eficácia das normas constitucionais

Importante fazer, previamente, uma breve incursão acerca da eficácia das normas constitucionais, vez que inserido o inc. LXXVIII do art. 5º da Constituição Federal, introduzido pela EC nº 45/2004, entre os direitos e garantias individuais.

José Afonso da Silva refere que toda a norma constitucional é eficaz, fazendo, todavia, a distinção do respectivo grau de eficácia em plena, contida e limitada ou reduzida, dividindo esta última categoria em (a) declaratórias de princípios institutivos ou organizativos e (b) declaratórias de princípios programáticos. Na primeira categoria, incluem-se aquelas que, desde a vigência da Carta Constitucional, produzem ou estão aptas a produzir todos os efeitos essenciais acerca dos interesses, comportamentos e situações que o constituinte quis normatizar, direta ou indiretamente. Relativamente à aplicabilidade, tais normas são dotadas de executoriedade, sendo, pois, autoaplicáveis, pois para tanto o legislador constituinte regulou completamente tais normas. Na segunda categoria, o autor enquadra as normas que o constituinte regulou suficientemente, deixando, entretanto, margem à atuação legislativa para restringir o

alcance da norma. Têm aplicabilidade imediata, ficando a eficácia, porém, sujeita aos limites que vierem a ser impostos futuramente pela legislação ordinária. Na terceira categoria, as normas declaratórias de princípios institutivos ou organizativos caracterizam-se principalmente pela dependência de ordenamento jurídico posterior que lhes dê efetividade, uma vez que o constituinte limitou-se a delinear o esquema geral de estruturação ou organização das entidades. Já as normas programáticas constituem aquelas em que o constituinte detalhou os princípios que devem ser respeitados pela União e os entes federados, a fim de levar a cabo os fins sociais do Estado.⁵⁰

Jorge Miranda classifica as normas constitucionais da seguinte forma: 1) *normas constitucionais materiais e normas constitucionais de garantia*⁵¹; 2) *normas constitucionais de fundo, orgânicas e procedimentais ou de forma*⁵²; 3) *normas constitucionais preceptivas e normas constitucionais programáticas*; 4) *normas constitucionais exequíveis e não exequíveis por si mesmas* e 5) *normas constitucionais “a se” (propriamente ditas) e normas sobre normas constitucionais*.⁵³

⁵⁰ SILVA, José Afonso. Aplicabilidade das normas constitucionais. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 88, 99, 104 e 132.

⁵¹ As primeiras constituem o “núcleo da Constituição em sentido material, da ideia de Direito modeladora do regime ou da decisão Constituinte; as segundas estabelecem modos de assegurar o seu cumprimento frente ao próprio Estado, por meios preventivos ou sucessivos que lhe emprestem efectividade ou maior efectividade” (Jorge Miranda. Teoria do Estado e da Constituição. 1ª ed. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 440).

⁵² Aquelas dizendo respeito ao relacionamento entre a sociedade e o Estado ou ao estatuto das pessoas e dos grupos dentro da comunidade política; as segundas definindo os órgãos de Poder, sua formação, competência e relacionamento recíproco e o estatuto dos seus titulares; as últimas, dizendo respeito à atuação do poder, aos procedimentos ou processos jurídicos de constituição e manifestação da vontade (necessariamente normativa e funcional) - obra e autor citados, p. 440.

⁵³ As primeiras são as regras tipicamente constitucionais, como normas materiais e de garantia, ao passo que as segundas reportam-se às primeiras para determinados efeitos (revisão constitucional e disposições transitórias) - idem, ibidem, p. 441.

Para o jurista, as de maior importância são as terceira e quarta classificações citadas que, aliás, são parcialmente sobrepostas.

Relativamente às normas preceptivas e programáticas, têm idêntica natureza ou valor, distinguindo-se tão-somente quanto à estrutura e projeção no ordenamento. Ambas são jurídicas e, de pronto, jurídico-constitucionais, fazendo parte de uma única ordem constitucional e nenhuma é mera proclamação de princípios. Não há distinção entre elas no plano da validade, apenas de realização e eficácia. A diferença entre ambas reside no fato de que as primeiras possuem eficácia incondicionada, não dependendo de circunstâncias institucionais ou de fato, do que resulta que podem ser exigidas pelo cidadão (direitos subjetivos) sem a necessidade de interposição legislativa; já as segundas têm “aplicação diferida, não sendo de aplicação ou execução imediata; prescrevem obrigações de resultados, não obrigações de meios; mais do que comandos-regras explicitam comandos-valores”. Destinam-se a determinadas finalidades e a mudanças não só na ordem jurídica, mas também das estruturas sociais ou da realidade constitucional, implicando a constatação, pelo legislador, via poder discricionário, da possibilidade de torná-las concretas. Por isso, não se permite que sejam invocadas pelos cidadãos para que os tribunais determinem seu cumprimento.⁵⁴

As normas exequíveis destacam-se das não exequíveis por si mesmas porque aquelas são aplicáveis por si só, não carecendo de lei que as complete, ao passo que essas precisam de normas legislativas que permitam sejam elas completamente

⁵⁴ Miranda, Jorge. Teoria do Estado e da Constituição. cit, p. 440 e 442.

aplicáveis às situações do dia a dia. Nessas últimas, tem-se um comando estabelecendo certo objetivo, atribuindo determinado direito, mas ao mesmo tempo outro comando, implícito ou explícito, que exige do Estado a realização do objetivo, a concretização do direito, dependente, entretanto, de normas que estabelecem as vias ou instrumentos para tanto. Faz-se, pois, necessária a *interpositio legislatoris* para integrar a norma não exequível a um quadro mais completo, a fim de que alcançado seu desiderato específico.⁵⁵

Jorge Miranda sugere mesclar as duas classificações, do que resulta uma única com três categorias diversas de normas, conforme seu grau de eficácia: 1) normas preceptivas exequíveis por si mesmas; 2) normas preceptivas não exequíveis por si mesmas e 3) normas programáticas.⁵⁶

Aliás, Canotilho sustenta inclusive a possibilidade de descartar a existência das normas constitucionais programáticas, porque a elas é atribuído o mesmo valor jurídico das demais normas constitucionais, e que se traduz na viabilidade de obrigar o legislador (para a concretização da norma), todos os órgãos concretizadores (que são obrigados a considerar as normas como norte nas suas atividades – legislativa,

⁵⁵ Miranda, Jorge. Teoria do Estado e da Constituição. cit, p. 443/444.

⁵⁶ O autor compara essa classificação com a de José Afonso da Silva, já referida. Assim, as normas de eficácia plena seriam as normas exequíveis por si mesmas; as de eficácia limitada ou reduzida seriam as programáticas, ficando apenas de fora as de eficácia contida, mas que se assemelham às normas preceptivas (obra citada, p. 445).

executiva e jurisdicional) e os poderes públicos, cujos atos podem ser tachados de inconstitucionais, uma vez contrariando referidas normas.⁵⁷

Quanto aos direitos fundamentais, Ingo Sarlet classifica-os em direitos de defesa e direitos a prestações. Para este estudo, importam apenas os primeiros, nos quais a doutrina clássica, de matriz liberal-burguesa, enquadra os direitos dos quais o cidadão pode valer-se contra as ingerências do Estado em sua liberdade pessoal e propriedade. Citando Konrad Hesse, refere que tais direitos são necessários até mesmo numa ordem constitucional democrática, haja vista as tentações do abuso de poder e porque também no Estado de Direito os poderes públicos podem cometer injustiças. Visam, portanto, a limitar o poder estatal, garantindo ao indivíduo um espaço de liberdade e atribuindo-lhe um direito subjetivo que o habilite a impedir interferências indevidas no espectro de proteção do direito fundamental ou elidir ofensas de que esteja sendo vítima na sua autonomia pessoal. O jurista pátrio refere, ainda, a existência de garantias institucionais típicas, situadas ao lado dos direitos de defesa, que no direito luso-brasileiro podem ser definidas como “a proteção que a Constituição confere a algumas instituições, cuja importância reconhece fundamental para a sociedade, bem como a certos direitos fundamentais providos de um componente institucional que os caracteriza”. Como exemplo dessas garantias, cita, no art. 5º da Constituição Federal, a garantia da propriedade (inc. XXII), do direito de herança (XXX), da instituição do Tribunal do Júri

⁵⁷ Gomes Canotilho, J. J. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 4ª ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 1140-1141.

(inc. XXXVIII),⁵⁸ mas entre elas podem, também, enquadrar-se o direito à tutela jurisdicional (inc. XXXV) e o direito à duração razoável do processo (inc. LXXXVIII).

Carlos Alberto Alvaro de Oliveira sustenta, com propriedade, que o § 1º do art. 5º da Constituição Federal tem grande significado, haja vista que, de um lado, “principalmente em matéria processual, os preceitos consagradores dos direitos fundamentais não dependem da edição de leis concretizadoras. Por outro lado, na Constituição brasileira, os direitos fundamentais de caráter processual ou informadores do processo não tiveram sua eficácia plena condicionada à regulação por lei infraconstitucional”. Por isso, citando Canotilho, diz que “atribui-se ao órgão judicial, no plano jurídico-subjetivo, o poder de exercer positivamente os direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de modo a evitar agressões lesivas por partes destes (liberdade negativa)”.⁵⁹

1.2.2. Efetividade.

A efetividade da tutela jurisdicional é direito fundamental, haja vista o art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, que assegura que *a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*. Na medida em que os direitos existem e o Estado vedou ao particular a autotutela, salvo hipóteses excepcionais, chamando para si o monopólio da jurisdição, atribuiu aos particulares o direito de ação. Tal direito é

⁵⁸ Sarlet, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 170/171, 184/185 e 188.

⁵⁹ Alvaro de Oliveira, Carlos Alberto. O processo Civil na perspectiva dos direitos fundamentais. Revista da AJURIS, Porto Alegre, nº 87, p. 40, set. 2002.

primordial para a própria efetividade dos direitos, pois esses, sujeitos a ameaças ou violações, estão sempre dependentes de efetivação. Por isso, teria sido proclamado o mais importante dos direitos, porque é aquele que faz valer os demais.⁶⁰

Mas não basta que o ordenamento jurídico propicie acesso amplo à justiça, visando à prestação da tutela jurisdicional. Para certas situações que violem o direito material, o princípio da efetividade implica que se avance adiante de modelos já superados de tutela jurisdicional, visando a uma mais eficaz e rápida concretização do direito material (por isso o surgimento das tutelas executiva e mandamental). No plano jurisdicional, é de fundamental relevo que se organize o processo e se instrumentalize a concretização do direito material, buscando o atingimento da justiça do caso. Ao não se atender a esse aspecto primordial, obscurece-se e até mesmo se denega a existência de dois planos bem delineados e diversos, o do direito material e o do processual.⁶¹

Dinamarco advoga que falar em efetividade é não só tratar do acesso à justiça e à justiça das decisões. Mais importante é admitir o maior número possível de pessoas e

⁶⁰ Marinoni, Luiz Guilherme Marinoni. Técnica Processual e Tutela dos Direitos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 179, 184/185. Conforme o autor, até pouco tempo, tal direito era entendido como direito à sentença de mérito, concepção que, entretanto, não poderia ter vida longa, haja vista que a decisão de mérito só teria sentido se ele fosse realizado, ou seja, proclamado pelo Estado-Juiz, o que não explica a hipótese de improcedência da demanda, caso em que o autor, então, não teria tido ação. Atualmente, o direito de ação deve ser compreendido como “direito ao provimento e aos meios executivos capazes de dar efetividade ao direito substancial, o que significa direito à efetividade em sentido estrito”. Dinamarco também leciona no mesmo sentido, quando refere que, “em linguagem processual, diz-se que basta ao autor ter o *direito de ação* e exercê-lo adequadamente. Ter *ação* assegura-lhe somente a obtenção da sentença, sem que necessariamente esta lhe seja favorável = ação é somente direito ao meio e não aos resultados do processo (Liebman). Para obter sentença *favorável*, é preciso que, além da ação, ele tenha o *direito alegado* (*v.g.*, que seja realmente credor, como alega)” (Dinamarco, Cândido. Instituições de Direito Processual Civil. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004, vol. I, p. 105). Sobre o tema, ver o ensaio seminal de Barbosa Moreira “Tutela Sancionatória e Tutela Preventiva” (Temas de Direito Processual. São Paulo: Saraiva, 2ª série, 1980, p. 21/29).

⁶¹ Alvaro de Oliveira, Carlos Alberto. Efetividade e tutela jurisdicional. Revista da AJURIS, Porto Alegre, nº 98, jun. 2005, p. 29.

conflitos ao processo, universalizando, assim, a jurisdição. É indicar caminhos para uma melhor condução do processo e alertar-se quanto aos riscos da injustiça, porque disso podem surgir resultados capazes de modificar profundamente a situação dos implicados no litígio. Para tanto, sustenta a necessidade de o sistema processual estar apto a produzir *decisões capazes* de proporcionar a tutela mais ampla possível àqueles cujos direitos tenham sido reconhecidos em juízo, especialmente com a possibilidade de proferir decisões que recomponham exatamente a situação anterior ao descumprimento da norma, ao invés de meros paliativos.⁶²

Por isso, deve-se valorizar, sempre que possível, as tutelas *declaratória, constitutiva, mandamental e executiva lato sensu*, em detrimento da tutela *condenatória*. Prefere-se, portanto, a tutela que atribua a maior efetividade possível. Logicamente, como cada tutela deve ser adequada ao direito material em litígio, nem sempre pode ser prestada a mais efetiva, mas a cabível no caso concreto.

Insuficiente, ademais, a fim de alcançar uma efetividade qualificada, tão-somente a readequação da ação processual, sendo imperioso dispor de instrumentos e procedimentos adaptados, em conformidade com técnicas que se mostram mais aptas à satisfação dos direitos e, especialmente, além de adequadas, tutelas jurisdicionais seguras e eficazes.⁶³

⁶² Dinamarco, Cândido. *A Instrumentalidade do Processo*. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 365.

⁶³ Alvaro de Oliveira, Carlos Alberto. Os Direitos Fundamentais à Efetividade e à Segurança em Perspectiva Dinâmica. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, v. 4, nº 21, nov. 2007, p. 117.

Na tutela *constitutiva*, temos a possibilidade de recompor a situação existente anteriormente à violação da lei ou do contrato, ainda que, em alguns casos, haja composição das perdas e danos sofridas pelo lesado, caso em que a sentença é, também, condenatória. Ademais, na tutela *constitutiva*, não há necessidade de manifestação do réu para a efetivação do comando sentencial. Trata-se de sentença que se satisfaz por si mesma, dispensando qualquer ato material posterior.

Assim, por exemplo, resolvido o contrato de compra e venda de bem imóvel, firmado por escritura pública, e devidamente registrado no ofício imobiliário, a sentença cumpre-se com a simples expedição de mandados de cancelamento dos atos notarial e registral, independentemente de qualquer iniciativa do vencido.

A tutela declaratória pode, em vista do princípio dispositivo e especialmente em função do art. 4º, § único, do CPC, ser utilizada ainda que tenha ocorrido a violação do direito, que poderia, em tese, dar ensejo também à pretensão mandamental, condenatória ou executiva.⁶⁴ E, assim como a sentença *constitutiva*, a sentença declaratória também se realiza por si mesma.

A sentença mandamental, nas demandas de obrigação de fazer e não fazer, dispensa posterior processo de execução, concretizando-se na forma do art. 461 do CPC, devendo o juiz valer-se de todos os meios para que o réu cumpra a disposição

⁶⁴ Carlos Alberto de Oliveira refere que o princípio dispositivo admite a existência de variadas demandas e de sentenças para uma mesma relação de direito material, mas nem por isso pode-se afirmar que a classificação das sentenças (ternária ou quinária) seja um fenômeno meramente processual (O problema da eficácia da sentença. Revista da AJURIS, Porto Alegre, nº 92, p. 159, dez/2003).

sentencial, usando de todos os instrumentos ao seu alcance e que se mostrem necessários, seja com a imposição de multa (que, conforme o § 2º, aplica-se independentemente das perdas e danos, e podendo o valor daquela ser elevado, em se verificando insuficiente – § 6º), seja com busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, inclusive valendo-se de força policial.

Note-se que, ao contrário da concepção vigente ao tempo do direito liberal clássico, em que o descumprimento das obrigações de fazer e não fazer resolvia-se sempre em perdas e danos, uma vez negando-se o obrigado a adimplir o ajustado, porque se tinha tais obrigações como incoercíveis,⁶⁵ essa solução, agora, passa a ser medida excepcional, em vista do disposto no art. 461, § 1º, do CPC, ao estabelecer que a obrigação só se resolve em perdas e danos nas hipóteses de assim requerer o autor ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente. Desta forma, serão pouquíssimos os casos em que o autor não logrará obter, pela via judicial, o cumprimento da obrigação assumida pelo réu.⁶⁶

⁶⁵ No dizer de Alvaro de Oliveira, Carlos Alberto. “afastou-se a leitura equivocada dos glosadores, privilegiando-se, do ponto de vista do direito material, o respeito à força do negócio jurídico ou do contrato, banidos é claro os meios que violentem a pessoa ou a dignidade do devedor, permitindo-se o constrangimento indireto” (O problema da eficácia da sentença. Revista da AJURIS, Porto Alegre, nº 92, p. 160, dez/2003).

⁶⁶ Pode-se referir o exemplo do pintor que se obriga a pintar determinada tela, caso em que se o mesmo negar-se a cumprir o ajustado, não haverá como compeli-lo a fazê-lo pessoalmente, vez que não se admite a constrição pessoal do obrigado. Nesse caso, a única solução será resolver-se a obrigação em perdas e danos. O mesmo pode ocorrer na hipótese de ter sido convencionado que o cumprimento não seria específico. Nesses dois casos, mostrar-se-á adequada a tutela condenatória. Nesse sentido: Alvaro de Oliveira, Carlos Alberto. O problema da eficácia da sentença. cit., p. 160.

Ademais, impõe-se referir que o juiz pode não observar rigorosamente o pedido, pois se a tutela específica da obrigação (em princípio mandamental) não lograr resultado, pode adotar, até mesmo sem requerimento do autor, providências que levem ao resultado equivalente, inclusive de natureza executiva *lato sensu*.⁶⁷

Temos, ainda, a tutela executiva *lato sensu*, que sempre foi aplicável às ações possessórias e de despejo. Todavia, nas obrigações de entrega de coisa, as sentenças, até então tidas como condenatórias, exigindo, portanto, para seu cumprimento, o ajuizamento de posterior processo de execução, onde o devedor poderia depositar a coisa e opor embargos de retenção, fosse o caso, com isso tornando de pouca efetividade o comando judicial, a tutela também passou a ser considerada pelo legislador processual como *executiva lato sensu*, a partir da vigência da Lei nº 10.444/02, que introduziu no CPC o art. 461-A,⁶⁸ com isso permitindo o cumprimento da sentença sem o ajuizamento de processo autônomo. Desta forma, transitada em julgado a sentença, seu cumprimento dar-se-á mediante simples expedição de mandado de busca e apreensão (coisa móvel) ou imissão do autor na posse (bem imóvel), sem prejuízo da incidência da multa, nos termos do art. 461,-A, § 3º, c/c 461, § 2º, ambos do CPC.

⁶⁷ Alvaro de Oliveira, Carlos Alberto. O problema da eficácia da sentença. cit., p. citada. Veja-se, a propósito, exemplo dado por Cândido Dinamarco: “O juiz condena (nota: manda, na ótica do presente ensaio) uma casa noturna a reduzir a um nível suportável os ruídos noturnos que produz. A sentença passa em julgado e a ré, intimada, não cumpre. Em última instância, mesmo sem pedido da parte, o juiz “chega ao ponto de mandar lacrar o estabelecimento, impedindo o exercício de sua atividade” (A Reforma da Reforma. 4ª ed., São Paulo: Malheiros, 2002, p. 228).

⁶⁸ Tal disposição foi reforçada com a lei nº 11.232/05, que introduziu no CPC o art. 475-I, *caput*.

Importa que tanto a sentença *mandamental* como a *executiva lato sensu* são efetivadas no mesmo processo, mediante atos concretos, ordens do juízo, levados a efeito depois do *decisum*, viáveis a produzir modificações no mundo dos fatos. O traço que as distingue, porém, é que a primeira age sobre a vontade da parte, ao passo que a segunda atua sobre o patrimônio do devedor.⁶⁹

Quanto à tutela condenatória ao pagamento de quantia, até o advento da lei nº 11.232/05, caracterizava-se como simples apelo ao cumprimento do julgado, tanto que sua não observância não resultava em qualquer punição ao réu. Entretanto, o novo art. 475-J do CPC passou a prever a aplicação de multa de dez por cento na hipótese de o réu, condenado ao pagamento de quantia certa, não adimplir a condenação no prazo de quinze dias.⁷⁰ Além disso, a condenação passa a ser cumprida nos próprios autos, sem a formação de autônomo processo de execução, o que dispensa inclusive nova citação

⁶⁹ Alvaro de Oliveira, Carlos Alberto. O problema da eficácia da sentença. Revista da AJURIS. Porto Alegre, nº 92, p. 161/162, dez/2003.

⁷⁰ A lei não dispôs acerca do marco inicial do referido prazo. A princípio, a jurisprudência vacilou entre dois entendimentos, dizendo alguns iniciar aquele do trânsito em julgado da sentença, outros sustentando que deve ter início a partir do momento em que réu toma ciência de que a sentença ou acórdão transitou em julgado, e que os autos estão à sua disposição para cumprir espontaneamente a condenação. O primeiro entendimento acabou por prevalecer nos primeiros anos de vigência da nova lei, suficiente, assim, o simples decurso do prazo, iniciado a contar do trânsito em julgado. Não havendo pagamento, tem lugar a incidência da penalidade, sem necessidade de qualquer intimação, seja na pessoa do advogado, seja da própria parte. Nesse sentido a orientação dominante no Tribunal de Justiça gaúcho. A propósito: Agravo de Instrumento Nº 70028361889, Primeira Câmara Especial Cível, Relatora a Desa. Ana Lúcia Carvalho Pinto Vieira, Julgado em 17/02/2009; Agravo de Instrumento Nº 70028630606, Vigésima Câmara Cível, Relator o Juiz convocado Nilton Carpes da Silva, Julgado em 13/02/2009; Agravo de Instrumento Nº 70028609147, Décima Câmara Cível, Relator: Luiz Ary Vessini de Lima, Julgado em 12/02/2009. Essa também é a orientação dominante no STJ. Nesse sentido: RECURSO ESPECIAL Nº 954.859 - RS, relator o Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS. Acórdão publicado em 27.08.2007.

Atualmente, todavia, prevalece no STJ o entendimento de que se faz necessária a intimação do advogado da parte vencida para o início do prazo do art. 475-J, do CPC, ainda que não seja preciso a intimação pessoal da parte. A propósito: AgRg no REsp 1223691/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 10/05/2011, DJe 16/05/2011.

Veja-se, ainda, sobre o assunto, lição de Athos Gusmão Carneiro (O princípio *sententia habet paratam executionem* e a multa do Artigo 475-J do CPC. Revista da AJURIS, Porto Alegre, nº 112, dez. 2008, p. 31/34).

do agora devedor. Do mesmo modo, deixa de existir a possibilidade de interposição de embargos, nova demanda, passando a defesa do devedor a ser efetuada mediante simples incidente de impugnação – mesma forma, aliás, pela qual será liquidada a sentença, se necessário.⁷¹

Conforme a lição de Guilherme Rizzo Amaral, “vislumbra-se, desde já, à semelhança do que se passou com as sentenças referentes às obrigações de fazer e entrega de coisa, a eliminação por completo do processo de execução autônomo. Este ficará, agora, relegado apenas a títulos executivos extrajudiciais, quebrando-se, definitivamente, a *unidade do processo de execução*, tão propalada por Alfredo Buzaid na exposição de motivos do CPC de 1973, com supostas vantagens, do ponto de vista prático. Reúnem-se, assim, em apenas um processo (de conhecimento), o juízo de reprovação, a exortação ao pagamento e, a requerimento do credor, a tomada de atos executivos em caso de recalcitrância do devedor”.⁷²

⁷¹ Por isso, da decisão da liquidação caberá apenas agravo de instrumento, não mais apelação (art. 475-H), o mesmo ocorrendo com a decisão da impugnação, salvo na hipótese de extinção da execução (art. 475-M, § 3º). Pode haver, todavia, o caso de na liquidação apurar-se que ao ator nada é devido. É a chamada “liquidação zero”. Nessa hipótese, sustentamos que o recurso cabível da decisão que homologa o laudo pericial deve ser a apelação, pois o processo finda, não tendo seguimento. É o mesmo caso da impugnação julgada procedente, que extingue a execução, caso em que o recurso cabível é a apelação, conforme o art. 475-M, § 3º, parte final, do CPC. Nesse sentido: AGRAVO DE INSTRUMENTO. IMPUGNAÇÃO AO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. BRASIL TELECOM. DECIDINDO O JUIZ PELA AUSÊNCIA DE SALDO EM FAVOR DO AUTOR, QUANDO DA DECISÃO DA LIQUIDAÇÃO, O PROCESSO FINDA, HIPÓTESE EM QUE O RECURSO CABÍVEL, EM TESE, É A APELAÇÃO. CONHECIMENTO DO AGRAVO INTERPOSTO, CONSIDERANDO O PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE RECURSAL. MÉRITO. AINDA QUE PROFERIDO O TÍTULO EXECUTIVO ANTES DA MUDANÇA DA ORIENTAÇÃO DO STJ, POR OCASIÃO DO JULGAMENTO DO RESP Nº 975.834, AUSENTE QUALQUER DISPOSIÇÃO EXPRESSA NO TÍTULO EXECUTIVO QUANTO AO VALOR PATRIMONIAL A SER UTILIZADO PARA O CÁLCULO DAS AÇÕES, VIÁVEL A APLICAÇÃO DO APURADO EM BALANCETE MENSAL, POIS NÃO HÁ FALAR EM COISA JULGADA. PRECEDENTES DO STJ. E DESTA CORTE. LIQUIDAÇÃO IMPROCEDENTE, AUSENTE DIFERENÇA DE AÇÕES. RECURSO DESPROVIDO. (Agravo de Instrumento Nº 70025161910, Segunda Câmara Especial Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Pedro Luiz Pozza, Julgado em 07/10/2008).

De qualquer sorte, impõe-se lembrar que a tutela *condenatória* é incapaz de atribuir ao credor a pronta satisfação, dependendo sua efetividade de conduta ulterior do obrigado, que, negando-se a cumprir a obrigação reconhecida em sentença transitada em julgado, apenas terá como punição o aumento de dez por cento sobre o seu débito,

⁷² Amaral, Guilherme Rizzo, *in*: A Nova Execução - Comentários à Lei nº 11.232, de 22 de dezembro de 2005, Alvaro de Oliveira, Carlos Alberto (coord). Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 101.

Ressalva deve ser feita, como já foi dito, à sentença que condena a Fazenda Pública ao pagamento de quantia, que continua carecendo de processo de execução autônomo, com nova citação do devedor, que poderá opor embargos e, especialmente, com a satisfação do crédito dependente do pagamento de precatório (salvo em se tratando de obrigação de pequeno valor, conforme o art. 100, § 3º, da Constituição Federal), sistemática não atingida, portanto, pela Lei nº 11.232/05, que continua a privilegiar a Fazenda Pública em detrimento de seus credores, muitos deles tendo de esperar décadas para o pagamento de seus créditos, sem dispor de qualquer remédio para a inadimplência do devedor - não se olvide, o STF já firmou jurisprudência no sentido de descaber decreto de intervenção federal em Estado membro na hipótese de não pagamento de precatórios quando o inadimplemento decorre da insuficiência de recursos por parte do erário (nesse sentido, entre tantos outros acórdãos: "AGRAVO REGIMENTAL EM INTERVENÇÃO FEDERAL. PRECATÓRIO. DESCUMPRIMENTO INVOLUNTÁRIO. 1. Descumprimento voluntário e intencional de decisão transitada em julgado. Pressuposto indispensável ao acolhimento do pedido de intervenção federal. 2. Precatário. Não pagamento do título judicial em virtude da insuficiência de recursos financeiros para fazer frente às obrigações pecuniárias e à satisfação do crédito contra a Fazenda Pública no prazo previsto no § 1º do artigo 100 da Constituição da República. Exaustão financeira. Fenômeno econômico/financeiro vinculado à baixa arrecadação tributária, que não legitima a medida drástica de subtrair temporariamente a autonomia estatal. Precedentes. Agravo regimental a que se nega provimento" IF-AgR 506 / SP, Tribunal Pleno, Relator o Min. MAURÍCIO CORRÊA, Julgamento: 05/05/2004, Publicação: DJ 25-06-2004, p. 4).

Na lição de Dinamarco, as sentenças proferidas contra a Fazenda Pública, que imponham obrigação de pagar quantia, são as dotadas de menor poder de impor-se por instrumentos processuais eficazes, pois ressalvadas as obrigações alimentares, em que as parcelas vincendas são satisfeitas via inclusão do favorecido em folha de pagamento, o seu momento sancionatório é inexistente ou extremamente fraco. Tanto que Liebman chegou a considerar tais condenações como *aparentes* (Dinamarco, Cândido. A Instrumentalidade do Processo. 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 369).

Ressalte-se que, a despeito de vacilo inicial, a jurisprudência do Tribunal de Justiça gaúcho consolidou-se no sentido de que as disposições da Lei nº 11.232/05 aplicam-se também às condenações ao pagamento de alimentos.

A propósito: AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO DE SENTENÇA. APLICAÇÃO DO ARTIGO 475-J DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. A Lei 11.232/2005 que acrescentou o art. 475-J ao Código de Processo Civil aplica-se no caso de débito decorrente de alimentos. NEGADO SEGUIMENTO AO RECURSO. (Agravo de Instrumento Nº 70027485820, Oitava Câmara Cível, Relator: Claudir Fidelis Faccenda, Julgado em 22/12/2008).

No mesmo sentido: EXECUÇÃO DE ALIMENTOS. AGRAVO DE INSTRUMENTO. CUMPRIMENTO DA SENTENÇA. CABIMENTO. EFICÁCIA DA LEI Nº. 11.232/05. 1. A execução deve seguir os termos do art. 475-I, do CPC, sendo correta a aplicação da Lei nº 11.232/05. 2. As alterações vigentes à época da propositura da execução, constituem regras processuais de aplicação imediata, justificando o procedimento sob a forma de cumprimento de sentença (art. 475-I), eficácia da lei nº. 11.232/05. 2. Se o pedido de cumprimento da sentença relativamente aos alimentos foi proposto após a vigência da lei processual nova, que estabelece outra disciplina para a execução, então essa é a legislação aplicável, e não pelo seu caráter protetivo, em razão da natureza alimentar do pleito, nem apenas para assegurar maior celeridade na cobrança, mas pelo fato de que as leis processuais têm aplicação imediata, cumprindo respeitar apenas os atos já praticados. Recurso provido. (SEGredo DE JUSTIÇA) (Agravo de Instrumento Nº 70025366758, Sétima Câmara Cível, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 05/11/2008).

cabendo ao credor enfrentar a *via crucis*, de todos os operadores conhecida, consistente em, primeiro, lograr penhorar bens do devedor e, posteriormente, se não preferir adjudicá-los ou proceder à sua venda por iniciativa particular, levá-los à hasta pública, procedimento sujeito a enormes vicissitudes e empecilhos.⁷³

Há, ainda, que se ampliar a tutela jurisdicional de forma a alcançar feixes de relações jurídicas, com isso quebrando o isolamento da jurisdição que atua exclusivamente para a tutela individual. Um dos aspectos dessa mudança é a permissão da tutela coletiva ao lado da individual, que já é realidade no direito brasileiro, com a possibilidade das ações coletivas, inclusive o mandado de segurança coletivo, institutos processuais criados pela Constituição Federal de 1988, aos quais se juntaram as ações coletivas de consumo previstas no art. 84 do CDC. Mas há um longo caminho ainda a percorrer, especialmente nas demandas envolvendo direitos de funcionários públicos, gravitando ao redor da mesma tese, mas de que resultam milhares de processos.⁷⁴

Do mesmo modo, deve-se ampliar objetivamente as decisões, a fim de englobar situações jurídicas do mesmo sujeito, ofertando, portanto, numa única demanda, solução ampla para todas, a exemplo das causas tributárias, em que as pretensões do fisco são idênticas, pois baseadas em fatos geradores absolutamente iguais, as quais,

⁷³ Não se olvide de que a Lei nº 11.382/06, vigente desde 21.01.2007, operou profundas alterações no processo de execução de títulos extrajudiciais, aplicáveis, no que couber, ao *cumprimento* da sentença que condena ao pagamento de quantia, visando a torná-lo mais célere e efetivar o crédito do exequente com maior rapidez. Só o tempo dirá se as mudanças são, efetivamente, eficazes.

⁷⁴ Dinamarco, Cândido. A instrumentalidade do processo. 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 371.

ao contrário do que ocorre atualmente nos Tribunais, devem ser decididas para o todo, inclusive para firmar entendimento para o futuro.⁷⁵

Para tanto, impõe-se vencer grandes barreiras. Por parte dos advogados, que normalmente optam pelas ações individuais em detrimento das ações com maior número de autores ou, melhor ainda, por uma única demanda ajuizada pelos sindicatos ou associações de servidores públicos ou mesmo de proteção aos consumidores.⁷⁶ E

⁷⁵ Dinamarco, Cândido. A instrumentalidade do Processo, cit., p. 371/372. O autor refere que pensou de forma diversa por muitos anos, em vista da súmula nº 239 do STF, sustentando a impossibilidade de ações que buscavam, *v.g.*, a declaração de imunidade fiscal ou não exigência de certo tributo sobre determinada atividade, aderindo, mais recentemente, à ideia dos que propugnam por uma tutela mais abrangente e apta a impedir a multiplicação de litígios entre o mesmo contribuinte e o mesmo ente tributador.

⁷⁶ Há ainda, o fato de que tem sido bastante controvertida a aplicação do art. 100, § 3º, da Constituição Federal, na hipótese de litisconsórcio ativo, havendo inúmeros julgados no sentido de que o teto de que trata o art. 87, incs. I e II, dos ADCT, com a redação da emenda constitucional nº 37/2002, aplica-se em cada processo, independentemente do número de autores. Assim, para assegurar o pagamento do crédito como de pequeno valor, os advogados têm preferido o ajuizamento de ações individuais, quando seria possível fazê-lo em litisconsórcio ativo. O STF, todavia, firmou entendimento no sentido de ser cabível o fracionamento, mas tão-somente quando se tratar de litisconsórcio ativo facultativo, e não na hipótese de ação coletiva intentada por legitimado extraordinário ou substituto processual (RE-ED 511179/RS, Relator o Min. EROS GRAU, Julgamento: 09/10/2007, Segunda Turma).

No mesmo sentido é a orientação atual do Tribunal de Justiça gaúcho. A propósito: Apelação cível. Previdência pública. Contribuição previdenciária. Embargos à execução. Possibilidade de cobrança através de RPV nas hipóteses de litisconsórcio ativo. Valor individual dos integrantes do crédito inferior a quarenta salários mínimos. Precedentes da Corte. Apelo provido. (Apelação Cível Nº 70027474915, Terceira Câmara Especial Cível, Relator: Ney Wiedemann Neto, Julgado em 09/12/2008). No mesmo sentido: Apelação Cível Nº 70027568567, Vigésima Primeira Câmara Cível, Relator: Genaro José Baroni Borges, Julgado em 17/12/2008.

Mais recentemente: AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO. TÍTULO JUDICIAL. FAZENDA PÚBLICA. EXECUÇÃO ESPECIAL (REQUISIÇÃO DE PEQUENO VALOR - RPV). HONORÁRIOS. LITISCONSÓRCIO. FRACIONAMENTO. VALOR POR EXEQUENTE, E NÃO POR TÍTULO. EXEGESE DO ART. 100, § 4º, DA CF. ALINHAMENTO COM O STJ. 1. O § 4º do art. 100 da CF veda o fracionamento, repartição ou quebra do valor da execução apenas quando ocorre a fim de que o pagamento não se faça por meio de precatório, isto é, quando objetiva burlar o precatório, que é sistema de pagamento indireto. Se a lei autoriza o litisconsórcio facultativo, não podem os diversos credores, na fase da execução, ser prejudicados. Por isso, o valor, para a execução especial (Requisição de Pequeno Valor - RPV), define-se por credor, e não por título. O mesmo acontece com os honorários advocatícios, no quanto excedem a compensação por mútua sucumbência (STJ, Súm. 306), visto que pertencem ao advogado, bem assim com as custas. Ademais, se a definição ocorre por credor, desimporta que o litisconsórcio se forme também na execução. Alinhamento com orientação atual do STJ. 2. Agravo de instrumento provido. (Agravo de Instrumento Nº 70032000077, Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Irineu Mariani, Julgado em 19/05/2010).

também por parte dos juízes, que no mais das vezes preferem as ações individuais, não só porque elas ampliam o número de sentenças proferidas, ainda que exatamente iguais, e com isso passam a impressão de uma jurisdição mais efetiva,⁷⁷ mas porque parece menos complexo decidir relações jurídicas individuais.⁷⁸

Não se pode olvidar, ainda, da necessidade de o sistema prever também formas de impedir a violação do direito, ou seja, a tutela preventiva, cuja possibilidade poderia ser discutida no sistema constitucional anterior, mas que, com a redação do art. 5º, inc. XXXV da Constituição Federal, não mais deixa margem a dúvidas, haja vista a inclusão da “ameaça a direito” no referido dispositivo constitucional. Assim, não apenas a parte tem direito à tutela jurisdicional na hipótese de violação de seu direito, mas também quando o direito está prestes a ser violado. Conclusão, aliás, óbvia, no dizer de Marinoni, “especialmente em face dos direitos ditos invioláveis, alguns erigidos a direitos fundamentais pela própria Constituição”, razão pela qual o direito à tutela preventiva está embutido na própria estrutura do ordenamento que institui vários direitos, na

Pende de julgamento, todavia, na Suprema Corte, o Recurso Extraordinário nº 568.645/SP, em que foi reconhecida a repercussão geral sobre o tema, que poderá modificar referido entendimento (Relatora a Ministra Carmen Lucia).

⁷⁷ Como exemplo, temos as Varas dos Feitos da Fazenda Pública da comarca de Porto Alegre, às quais ocorrem mensalmente milhares de feitos absolutamente iguais, ajuizados por servidores públicos estaduais em idêntica situação funcional, buscando, por exemplo, reajuste salarial previsto em lei e não implementado integralmente pelo Poder Executivo, somando mais de noventa por cento dos processos a tramitar nessas Varas, e que, pela sua simplicidade, têm seu andamento priorizado, em detrimento de outras demandas mais importantes, que demandam dilação probatória, e que por isso levam anos para ser concluídas (ações civis públicas, ações de improbidade administrativa, etc.).

⁷⁸ Muitas vezes, os juízes não aceitam o litisconsórcio ativo em grande número, valendo-se, para tanto, do disposto no art. 46, § único, do CPC.

medida em que não se pode admitir que uma norma atribua a outrem um direito inviolável sem atribuir direito a que se impeça o ilícito.⁷⁹

Aliás, não teria sentido que a parte só pudesse vir a juízo depois da ofensa concreta a seu direito, haja vista que, muitas vezes, a recomposição da situação de fato anteriormente à violação é absolutamente impossível. Isso seria verdadeira negativa de efetiva prestação jurisdicional.

Tem o jurisdicionado, portanto, direito à técnica antecipatória, ou seja, à viabilidade de postulá-la e obtê-la, assim como à técnica que a torne viável. Não se trata, pois, de simples “direito à obtenção de decisão concessiva de tutela antecipatória, *mas sim o direito ao bem da vida outorgado por essa decisão*. Ou seja, pensar em direito à tutela antecipatória *implica falar na sua plena e integral efetivação*”.⁸⁰

Isso não significa, entretanto, que, já ocorrido o dano, não seja possível postular a tutela preventiva contra o *periculum in mora*, pois nessa hipótese buscar-se-á impedir a produção de danos relativamente ao prejuízo já ocorrido. Quer dizer que o art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, ao garantir a tutela antecipatória, não busca apenas possibilitar a prevenção do ilícito, mas também obstar a que outros danos resultem ao lesado em vista da mora na reparação do prejuízo ou no atendimento do dever ou obrigação de adimplemento.⁸¹

⁷⁹ Marinoni, Luiz Guilherme. Técnica Processual e Tutela dos Direitos, cit., p. 181/182.

⁸⁰ Marinoni, Luiz Guilherme. Técnica Processual e Tutela dos Direitos, cit., p. 200.

⁸¹ Marinoni, Luiz Guilherme. Técnica Processual e Tutela dos Direitos, cit., p. 201/202.

1.2.3. Duração razoável do processo.

Logicamente, não é suficiente que o Estado, detentor do monopólio da jurisdição, preste-a de forma efetiva, tutelando o direito de quem tenha demonstrado em juízo merecê-lo. É primordial que essa tutela seja prestada de forma tempestiva, ou seja, em prazo razoável.

O constituinte originário brasileiro esqueceu-se de inserir, entre os Direitos e Garantias Individuais (art. 5º), o direito à duração razoável do processo, ao revés, por exemplo, da Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e das Constituições das Repúblicas Portuguesa e Italiana, entre outros ordenamentos jurídicos de outros Estados.

A Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, em seu artigo 6º, § 1º, assegura a todo o cidadão dos países que integram a comunidade europeia o *direito a um processo equo*, em cujo inc. I está prevista a garantia à duração razoável do processo.⁸²

⁸² É a seguinte a redação do dispositivo, em italiano: "Diritto ad un processo equo. -1. Ogni persona ha diritto ad un'equa e pubblica udienza entro un termine ragionevole, davanti a un tribunale indipendente e imparziale costituito per legge, al fine della determinazione sia dei suoi diritti e dei suoi doveri di carattere civile, sia della fondatezza di ogni accusa penale che ci venga rivolta. La sentenza deve essere resa pubblicamente, ma l'accesso alla sala d'udienza può essere vietato alla stampa e al pubblico durante tutto o una parte del processo nell'interesse della morale, dell'ordine pubblico o della sicurezza nazionale in una società democratica, quando lo esigono gli interessi dei minori o la tutela della vita privata delle parti nel processo, o nella misura giudicata strettamente necessaria dal tribunale quando, in speciali circostanze, la pubblicità potrebbe pregiudicare gli interessi della giustizia".

Já lembramos que, conforme MAURO CAPPELLETTI e BRYANT GARTH, “em muitos países, as partes que buscam uma solução judicial precisam esperar dois ou três anos, ou mais, por uma decisão exequível. Os efeitos dessa delonga, especialmente se considerados os índices de inflação, podem ser devastadores. Ela aumenta os custos para as partes e pressiona os economicamente fracos a abandonar suas causas ou a aceitar acordos por valores muito inferiores àqueles a que teriam direito. A Convenção Europeia dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais reconhece explicitamente, no artigo 6º, parágrafo 1º que a Justiça que não cumpre suas funções dentro de ‘um prazo razoável’ é, para muitas pessoas, uma Justiça inacessível”.⁸³

Canotilho refere que “Uma das mais importantes inovações introduzidas pela LC 1/97 (4ª Revisão) consistiu na criação de **procedimentos judiciais céleres e prioritários** (CRP, art. 20º/4) de modo a obter tutela efectiva e em tempo útil contra ameaças ou violações de direitos, liberdades e garantias. Não é fácil delimitar o sentido do **direito a um processo célere e prioritário**. Deve reter-se, numa primeira aproximação, alguns tópicos: a) o preceito constitucional (art. 20º/4) constitui, desde logo, uma *imposição constitucional* no sentido de o legislador ordinário conformar os vários processos (penal, civil e administrativo) no sentido de assegurar por via preferente e sumária a protecção de direitos, liberdades e garantias; b) a consagração de procedimentos judiciais céleres e prioritários não significa a introdução de uma *acção ou recurso de amparo* especificamente dirigida à tutela de direitos, liberdades e

⁸³ Acesso à Justiça. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988, p. 20/21.

garantias, mas de um *direito constitucional de amparo* de direitos a efectivar através das vias judiciais normais; c) a efectivação deste direito pressupõe uma nova *formatação processual* tendente a responder às exigências de celeridade e prioridade (assim, por exemplo, redução de prazos, eliminação de eventuais recursos hierárquicos necessários no contencioso administrativo)”.⁸⁴

Na Itália, como já referimos, o problema da lentidão da justiça já preocupa os juristas há muito tempo. Nicolò Trocker já referia, em 1974, que por ser dinâmico, o processo encontra no fator tempo um dos seus elementos característicos e naturais, e que desde o momento da propositura da demanda em juízo deve passar por várias fases intermediárias ligadas estrutural e funcionalmente, necessitando certo lapso de tempo antes de chegar a seu final natural, que é a sentença. E justamente na sua duração parece estar sua face mais problemática e vulnerável.⁸⁵

Analisando o problema da lentidão da justiça peninsular na década de 80, Sergio Chiarloni verifica a necessidade de profundas alterações, sugerindo, primeiro, a interferência visando a desincentivar o interesse pela demora do processo por quem não tem razão (em geral, por parte do réu, mas também, em alguns casos, por parte do autor que propõe demanda já sabendo que não tem razão, mas tentando apenas por em dúvida a situação jurídica); segundo, interferir nas estruturas processuais, a fim de impedir, no limite do possível, o uso abusivo daquelas visando exclusivamente a dilatar o fim da lide; intervenção no sistema judiciário, mediante mudanças na sua estrutura,

⁸⁴ Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 4ª ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 492/493.

⁸⁵ Processo Civile e Costituzione - Problemi di Diritto Tedesco e Italiano. Milano: Giuffrè, 1974, p. 271.

organização e participação que introduzam no seu interior novos níveis de eficiência e de produtividade.⁸⁶

Luigi Marini, com a autoridade de quem já integrou o Conselho Superior da Magistratura Italiana, refere que a lentidão da justiça peninsular decorre especialmente da cultura da organização judiciária, que, como toda a administração pública, sem compromisso com eficiência e economia, desperdiçou recursos e multiplicou fatores de desorganização e o déficit público. Ainda que não contaminada a justiça italiana pela corrupção que atingiu os demais níveis da administração pública, o Ministério da Justiça “não soube, pelo menos a partir do início da década de 90, fazer-se veículo de inovação, nem estimular a intervenção de reformas, nem tornar-se ele próprio lugar de crescimento organizacional e de boa gestão”. A essa realidade somou-se a cultura jurídica, existente nos meios acadêmicos, magistratura e advocacia, que pouco se interessam pela situação dos ofícios judiciários, sua produção, eficiência dos juízos, nem pelos direitos dos que em juízo buscam tutela. Sobre essa base cultural formou-se o senso comum dos operadores jurídicos, para quem as garantias são “o único DNA e a única razão do processo”, ao que se acrescenta uma preocupação excessiva da magistratura com sua independência e autonomia, tidos como incompatíveis com os princípios de eficiência e economicidade. De tudo resulta que o Ministério da Justiça mostrou-se incapaz de formar uma classe dirigente e servidores capazes de levar suas próprias atividades a um resultado eficaz e tempestivo.⁸⁷

⁸⁶ Sergio Chiarloni, La Giustizia civile degli anni'80: le riforme possibile. *Foro Italiano*, Parte V, p. 223, 1984.

⁸⁷ I giudici, la produttività, i luoghi comuni. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano: Giuffrè, ano LIX, n° 1, mar. 2005, p. 285/286.

Maio Pio Fuiano, depois de fazer ampla análise do direito comparado europeu e dos Estados Unidos, conclui que uma das causas da lentidão do processo civil italiano é o dilatado tempo que o réu tem para fazer sua defesa. Somados os prazos fixados pelos arts. 163 e 163bis, do CPC italiano, aliado à possibilidade de transferência da audiência inicial, previsto no art. 168bis, resulta que entre o ajuizamento da demanda e o simples comparecimento do réu aos autos, anterior à primeira audiência, possa haver um intervalo tão grande que, em outros países, é suficiente para a decisão da causa em primeiro grau de jurisdição.⁸⁸

A Constituição Italiana, em seu art. 111, §§ 1º e 2º, introduzidos pela Lei Constitucional de 23.11.99, nº 2, bem como o DL, de 07.01.00, nº 2, convertido com modificações na Lei de 25.02.00, nº 35, e os arts. 2 e segs. da Lei de 24.03.01, nº 891, dispõem que ***A lei deve assegurar ao processo uma duração razoável.***⁸⁹

Tal alteração, aliás, decorreu das várias condenações impostas ao Estado italiano, em função de prejuízos alegados por seus cidadãos prejudicados com a demora excessiva de processos em que envolvidos. As condenações impostas pela Corte Europeia de Direitos Humanos resultaram em sério problema para a Itália, não só pelo

⁸⁸ Durata ragionevole del processo e termini per comparire. Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile. Milano: Giuffrè, ano LVII, nº 1, mar. 2003, p. 256/261.

⁸⁹ Luciana Crimel Dias. Dossiê Itália: a grave e profunda crise da duração dos processos/alerta e subsídio. GENESIS, Revista de Direito Processual Civil, Curitiba, v. 26, ano VII, out-dez. 2002 p. 802. O dispositivo constitucional em questão tem a seguinte redação original: La giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge. Ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizione di parità, davanti a giudice terzo e imparziale. ***La legge ne assicura la ragionevole durata*** - o grifo é nosso.

abalo em sua soberania, mas também em função da pressão que veio a ser exercida pelos demais países membros da Comunidade Europeia.⁹⁰

Sucedem que os processos movidos pelos cidadãos italianos perante a Corte supranacional redundaram em prejuízo ao andamento dos demais processos que por ela tramitavam. Com isso, obrigou-se a Itália a introduzir o princípio da duração razoável do processo em sua Constituição, além de aprovar uma lei prevendo a possibilidade de os cidadãos italianos demandarem, nos próprios foros italianos, indenizações por prejuízos em vista da morosidade processual, na medida em que à Corte Europeia só tem acesso aquele que tenha esgotado a jurisdição no país-membro ou na hipótese de ausência de legislação local que permita ao jurisdicionado buscar certo direito em seu país de origem.⁹¹

Trata-se da Lei nº 89, de 24 de março de 2001, que permite ao usuário da justiça buscar uma reparação, inclusive por danos não patrimoniais, em decorrência da violação do direito à duração razoável do processo, tratando-se de espécie de responsabilidade objetiva do Estado-Juiz, resultante da “violação do direito subjetivo, constitucionalmente garantido, à integridade e efetividade da tutela jurisdicional”.⁹²

⁹⁰ O inteiro teor do primeiro acórdão da Corte Europeia encontra-se reproduzido integralmente em Cruz e Tucci. José Rogério. Tempo e Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 69/75.

⁹¹ Hoffman, Paulo. O Direito à Razoável Duração do Processo e a Experiência Italiana. In: Reforma do Judiciário - Primeiras Reflexões sobre a Emenda Constitucional nº 45/2004. Teresa Arruda Alvim Wambier (coord). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 574.

⁹² Picardi, Nicola. La Responsabilità del Giudice: La Storia Continua. Rivista di Diritto Processuale. CEDAM. Milano. Ano LXII, nº 2, março-abril 2007, p. 294.

Aliás, quando dos julgamentos contra o Estado Italiano, a Corte Europeia fixou alguns critérios a serem considerados para verificar se determinado processo teve duração não razoável, elencando como mais importantes a (1) natureza e complexidade da causa, (2) o comportamento das partes e (3) o comportamento do órgão jurisdicional.⁹³ No primeiro item, deve-se levar em conta a necessidade ou não da prestação de tutela de urgência, pois se ela fizer-se cabível e não for atendida, o direito poderá perecer irreversivelmente; além disso, há que ser observada a presença de vários litisconsortes, a necessidade de dilação probatória mais ampla (inquirição de testemunhas por precatória, prova pericial, etc.), que impõe, por consequência, uma maior demora na solução da causa. Já o segundo é dirigido não só à parte propriamente dita, mas também a seus representantes, os advogados, devendo, portanto, ser aquilatado se todos agiram com lealdade e probidade, fornecendo todos os elementos necessários à solução da causa, ou seja, se estiveram comprometidos com uma decisão em prazo razoável, ao invés de usarem de expedientes escusos, recursos protelatórios, etc. Por fim, importa também analisar a atuação do órgão jurisdicional, tanto em primeiro como em segundo grau de jurisdição, a fim de verificar se ao processo foi dada a atenção devida, se foi reprimida a chicana processual, e especialmente se os prazos processuais (ainda que, sabidamente, não possam ser rigorosamente cumpridos) não foram descumpridos acintosamente.⁹⁴

⁹³ Cruz e Tucci, José Rogério. Tempo e Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 68.

⁹⁴ Fabiano Carvalho, EC n. 45: Reafirmação da Garantia da Razoável Duração do Processo. In: Reforma do Judiciário - Primeiras Reflexões sobre a Emenda Constitucional nº 45/2004. Teresa Arruda Alvim Wambier (coord). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 219/221.

Comentando o art. 111 da Constituição Italiana, Nicolò Trocker assevera que se trata de disposição que merecia ser reavivada para resgatar o significado mais profundo da noção de “processo justo”, sua finalidade e sua dimensão ideal, refutando a crítica ocorrida nos debates da revisão constitucional no sentido de que se trata de tautologia, vez que a justiça é da essência de um processo. Assim, justo não é qualquer processo regular do ponto de vista formal, mas aquele que se desenrola com observância e nos termos das normas constitucionais e dos valores sociais.⁹⁵

Consoante Tarzia, ao contrário de Chiarloni,⁹⁶ a “alteração levada a efeito no art. 111 da Carta Italiana impõe ao jurista de cada país e aos respectivos juízes uma perspectiva de indagação amplamente nova, ou seja, uma *circularidade* dos enunciados entre a Corte Européia, as Cortes Constitucionais Nacionais e os Parlamentos dos países membros da comunidade europeia, que deverão auxiliar fortemente visando à efetividade dos princípios instituídos pelo art. 6º da Convenção Europeia. Efetividade essa que não se traduz apenas em um juízo de condenação pelo descumprimento por parte do Estado membro, mas que vinculará a legislação e, mediata ou até mesmo imediatamente (onde seja possível a aplicação direta desses princípios), a jurisdição de cada um dos Estados que aderiram à Convenção”.⁹⁷

⁹⁵ Il Nuovo articolo 111 della Costituzione e il “giusto processo” in materia civile: profili generali. Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile. Milano: Giuffrè, jun. 2001, ano LV, nº 2, p. 386.

⁹⁶ Chiarloni é um dos doutrinadores italianos que entendeu desnecessária a alteração do art. 111 da Constituição Italiana, asseverando que não houve mudança no quadro já existente, haja vista sua convicção de que do art. 24, parágrafo segundo, e sua conexão com o art. 3º, ambos da Carta Italiana, já poderiam ser inferidas todas as garantias enunciadas pela primeira parte do novo art. 111 (Il Nuovo art. 111 Cost. e il processo civile. Rivista di Diritto Processuale. Padua: CEDAM, II série, v. 55, p. 1011, 2000).

⁹⁷ Giuseppe Tarzia. L’art. 111 Cost. e le garanzie europee del processo civile. Rivista di Diritto Processuale. Padua: CEDAM, II serie, v. 56, p. 5-6, 2001.

Comoglio sustenta, com propriedade, que o princípio assegurado pelo inc. II do art. 111 da Constituição Italiana não pode estar restrito aos limites da *reserva legal*, que está presente em outras normas da Carta e remete à discricionariedade do legislador a atuação concreta de determinados valores, constitucionalmente importantes. Tal disposição enuncia, primeiramente, um imperativo (ao mesmo tempo preceptivo e programático) para o legislador ordinário, por consagrar, juntamente com os demais princípios do art. 111 (contraditório, paridade de armas e juiz imparcial), a necessidade de adoção de reformas estruturais que, também mediante um reforço numa atuação mais efetiva do juiz, sejam aptas não só a reduzir o tempo, a duração e os custos de cada processo, mas também a torná-lo efetivamente *justo*, com uma respectiva economia de recursos e de atividade.⁹⁸

O problema da lentidão da justiça também é cada vez mais insuportável na França, onde a obra *Victimes – Les oubliés de la justice* retrata as agruras dos jurisdicionados nas Cortes francesas, com constantes adiamentos de audiências e sessões de julgamento, sem motivo razoável, agindo os magistrados com indiferença quanto à sorte dos litigantes, tanto que relatório da comissão de Leis do Senado reconhece que tal caracteriza verdadeira denegação de justiça, tendo a França sido por várias vezes censurada – como a Itália – pela Corte Europeia por descumprimento ao art. 6º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem que assegura a duração razoável do processo. Cada vez mais os processos – criminais ou cíveis - arrastam-se, sendo aos milhares os feitos pendentes de julgamento nas Cortes de Apelação e de

⁹⁸ Luigi Paolo Comoglio. Il “Giusto Processo” Civile in Italia e in Europa. In: Revista do Processo. São Paulo: nº 116, ano 29, jul-ago. 2004, p. 150.

Cassação. Os adiamentos são comuns, os prazos assinados pelos próprios juízes não são cumpridos, o que faz as partes pensarem que a Corte está sendo pressionada de alguma forma, imaginando-se toda sorte de manobras, ainda que de nada disso se cogite – em verdade, os processos estão abandonados à sua própria sorte (palavras de Pierre Drai, Presidente da Corte de Cassação Francesa). Os processos – *référés* – nos quais o juiz pode conceder medidas urgentes demandam pelo menos um mês para uma solução. A lentidão é debitada, quase sempre, ao aumento exagerado no número de processos (o número de causas cíveis cresceu mais de 200% em vinte anos, ao passo que o número de juízes só aumentou em 10%), sendo agravada por uma organização judiciária antiga, em que juízos de regiões com grande densidade populacional sofrem para dar conta de milhares de processos, contando com número insuficiente de magistrados, ao passo que noutros há pouquíssimas causas, ainda que os quadros de juízes e funcionários estejam completamente preenchidos. A despeito dessa discrepância, é inviável a transferência dos juízes de uma região para outra com maior demanda de processos, ante o princípio da inamovibilidade, haurido para impedir a influência do poder político sobre a consciência do magistrado (garantia democrática), mas que também obsta a que o cidadão tenha uma justiça mais célere e que atenda aos anseios da população, caracterizando-se em um atentado à democracia.⁹⁹

No Brasil, somente a partir da EC nº 45/2004 passou a integrar o rol das garantias individuais ***o direito à razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação*** (art. 5º, inc. LXXVIII da Constituição Federal). De

⁹⁹ Collard, Jehanne. Paris: Stock, 1997, *apud* Cruz e Tucci, José Rogério. Tempo e Processo, cit., p. 89/95.

qualquer sorte, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San Jose da Costa Rica - , em plena vigência no Brasil, por força do Decreto Presidencial nº 678, de 06.11.92 (DOU 09.11.92) dispõe em seu art. 8, nº 1, que “toda pessoa tem direito de ser ouvida com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável”.

A doutrina, porém, entendia que o art. 5º, LXXXV, da Constituição Federal, além de assegurar o direito de ação, já garantia também a tutela jurisdicional tempestiva. Essa é, a propósito, a lição de Luiz Guilherme Marinoni: “Uma leitura mais moderna, no entanto, faz surgir a ideia de que a norma constitucional garante não só o direito de ação, mas a possibilidade de um acesso efetivo à justiça e, assim, um direito à tutela jurisdicional adequada, efetiva e tempestiva. Não teria cabimento entender, com efeito, que a Constituição da República garante ao cidadão que pode afirmar uma lesão ou uma ameaça a direito apenas e tão-somente uma resposta, independentemente de ser ela efetiva e tempestiva. Ora, se o direito de acesso à justiça é um direito fundamental, porque garantidor de todos os demais, não há como imaginar que a Constituição da República proclama apenas que todos têm direito a uma mera resposta do juiz. O direito a uma mera resposta do juiz não é suficiente para garantir os demais direitos e, portanto, não pode ser pensado como uma garantia fundamental de justiça”.¹⁰⁰

¹⁰⁰ Garantia da tempestividade da tutela jurisdicional e duplo grau de jurisdição. In: Cruz e Tucci, José Rogério. Garantias constitucionais do processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 218. Marinoni ainda assevera: “Impende reconhecer que a garantia da ampla defesa e o correspondente direito à tempestividade da tutela jurisdicional são constitucionalmente assegurados. É até curial que o direito de acesso à ordem jurídica justa, consagrado no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, não exprima apenas que todos podem ir a juízo, mas também, que todos têm direito à adequada tutela jurisdicional, ou melhor, à tutela jurisdicional efetiva, adequada e tempestiva” (op. cit., p. 237).

Trata-se de simples explicitação de garantia que já estava implícita na Constituição Federal, porque não é suficiente assegurar acesso ao Poder Judiciário e aos meios adequados para a defesa dos direitos. Impõe-se, ademais, para a ampla satisfação do cidadão que acorre à justiça, que ele seja atendido em tempo razoável, pena de a prestação jurisdicional tornar-se inútil. ¹⁰¹ O processo moderno não pode limitar-se à prestação jurisdicional, sendo necessário, para a legitimidade da tutela, seja ela tempestiva. ¹⁰²

A garantia da duração razoável do processo impõe que a justiça atenda ao interesse público de solução dos litígios, por intermédio de uma atuação jurisdicional breve, pronta e eficaz. Com isso, atende aos interesses do Estado e da sociedade, uma vez que a justiça, quando prestada com atraso, deixa de ser justiça, ante a inviabilidade de restituir integralmente as partes ao estado anterior, sendo a decisão viciada e ineficaz, pois o tempo impede o restabelecimento do direito ferido. Como consequência da violação dessa garantia, poderá surgir a responsabilidade do Estado pela outorga da prestação jurisdicional em prazo não razoável. ¹⁰³

¹⁰¹ Alessandra Mendes Spalding, Direito Fundamental à Tutela Jurisdicional Tempestiva à Luz do inciso LXXVIII do art. 5º da CF, inserido pela EC n. 45/2004. In: REFORMA DO JUDICIÁRIO - Primeiras Reflexões sobre a Emenda Constitucional n. 45/2004. Teresa Arruda Alvim Wambier e outros (coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 32. No mesmo sentido, aliás, a lição de Bielsa e Graña, quando dizem que “um julgamento tardio irá perdendo progressivamente seu sentido reparador, na medida em que se postergue o momento do reconhecimento judicial dos direitos; e, transcorrido o tempo razoável para resolver a causa, qualquer solução será, de modo inexorável, injusta, por maior que seja o mérito científico do conteúdo da decisão” (*apud* Cruz e Tucci, José Rogério. Tempo e Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 65).

¹⁰² Alessandra Mendes Spalding, cit., p. 34/35.

¹⁰³ Ana Maria Gioffi Flaquer Scartezzini. O Prazo razoável para a duração dos processos e a responsabilidade do Estado pela demora na outorga da prestação jurisdicional. In: REFORMA DO JUDICIÁRIO - Primeiras Reflexões sobre a Emenda Constitucional n. 45/2004. Teresa Arruda Alvim Wambier e outros (coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 43, 47 e 49.

No dizer de Gisele Góes, o inc. LXXXV do art. 5º da Constituição Federal constitui importante inovação, elevada à garantia constitucional, caracterizando-se como norma-princípio, núcleo do sistema constitucional e do ordenamento jurídico pátrio. Além disso, é direito do homem, inviolável, portanto, depender de qualquer modo de condicionamento ou sujeição legal, do que decorre sua auto aplicabilidade; do contrário, estar-se-ia admitindo a quebra da ordem constitucional. Por meio dessa garantia, assegura-se a prestação jurisdicional adequada no menor tempo possível.¹⁰⁴

Fabiano Carvalho identifica algumas características da garantia constitucional à duração razoável do processo, que cumpre sejam referidas: a) *universalidade*, na medida em que se destina a todos que estão sujeitos à jurisdição do Poder Judiciário brasileiro, sem qualquer distinção; b) *limitabilidade*, pois como toda a garantia constitucional não é absoluta, impondo-se sua interpretação à luz do sistema constitucional, especialmente porque pode vir a se chocar com a segurança jurídica, hipótese em que o conflito será solucionado pelo princípio da proporcionalidade ou *princípio absoluto*; c) *cumulatividade*, pois tal garantia pode - e não raras vezes é - ser cumulada com outras;¹⁰⁵ d) *irrenunciabilidade*, considerando que os titulares dessa garantia não podem a ela renunciar.¹⁰⁶

¹⁰⁴ Gisele Santos Fernandes Góes. Razoável Duração do Processo. In: Reforma do Judiciário - Primeiras Reflexões sobre a Emenda Constitucional nº 45/2004. Teresa Arruda Alvim Wambier (coord). Revista dos Tribunais, São Paulo: 2005, p. 265/267.

¹⁰⁵ Em verdade, quase sempre essa garantia estará unida a outras, vez que de nada adianta haver prestação jurisdicional célere sem que ela seja efetiva e, especialmente, prestada com respeito ao devido processo legal, a fim de que se preencha o *conteúdo mínimo essencial* de que trata Comoglio (La Garanzia Costituzionale dell’Azione ed il Processo Civile, Cedam, Pádua: 1970, p. 156).

¹⁰⁶ EC nº 45: Reafirmação da Garantia da Razoável Duração do Processo. In: REFORMA DO JUDICIÁRIO - Primeiras Reflexões sobre a Emenda Constitucional n. 45/2004. Teresa Arruda Alvim Wambier e outros (coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 217.

Não se trata, de modo algum, de norma programática,¹⁰⁷ mas de norma que deve ter pronta eficácia. Não é à toa que o art. 5º, § 1º, da Constituição Federal, dispõe que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. Ora, se a parte final do inc. LXXVIII do art. 5º assegura **os meios que garantam a celeridade** da tramitação dos processos judicial e administrativo, a ausência de meios que assegurem a celeridade da tramitação processual implica a negação dessa garantia constitucional.

1.2.4. Segurança jurídica

Mas não se pode privilegiar exclusivamente a efetividade e a rápida solução dos litígios. Importa também que se atente para o valor segurança,¹⁰⁸ que significa assegurar o que Dinamarco¹⁰⁹ chama de *garantias mínimas de meios e de resultado* do processo, com vistas a alcançar uma *tutela adequada e efetiva*. O jurista paulista refere que os princípios e garantias constitucionais do processo civil convergem para o devido processo legal, significando o fechamento de um *círculo de garantias e exigências relativas ao processo, numa fórmula sintética destinada a afirmar a indispensabilidade de todas e reafirmar a autoridade de cada uma, valendo ainda como norma de encerramento portadora de outras exigências não tipificadas em fórmulas,*

¹⁰⁷ Discordamos, portanto, de João Batista Lopes. Reforma do Judiciário e Efetividade no Processo Civil. In: REFORMA DO JUDICIÁRIO - Primeiras Reflexões sobre a Emenda Constitucional n. 45/2004, Teresa Arruda Alvim Wambier e outros (coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 333.

¹⁰⁸ Sobre o assunto, leia-se Guilherme Rizzo Amaral. Cumprimento e Execução de Sentença sob a ótica do Formalismo Valorativo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

¹⁰⁹ DINAMARCO, Cândido. Instituições de Direito Processual Civil. 3ª ed.. São Paulo: Malheiros, 2003, v. I, p. 247.

*mas igualmente associadas à ideia democrática que deve prevalecer na ordem processual (art. 5º, § 2º).*¹¹⁰

A despeito da dificuldade de conceituação do devido processo legal,¹¹¹ constituindo-se num mandamento genérico o art. 5º, LIV, da Constituição Federal, pretendeu o constituinte entregar valores contidos no dispositivo à guarda dos juízes, colocando-os a salvo dos atos não jurisdicionais do Estado, além de autolimitar esse no exercício da jurisdição, pelo que o poder estatal do juiz também está sujeito aos lindes das outras garantias e exigências, impedindo ao próprio juiz avançar sobre a competência de outros. Além disso, a ele não cabe exercer seu poder de forma que venha a atingir os direitos dos jurisdicionados ultrapassando o que a própria Constituição admite, salvo hipóteses expressamente previstas no ordenamento jurídico.

112

Assim, tem-se a inadmissão de técnicas e práticas contrárias à tendência da universalização da tutela jurisdicional, porque negariam a garantia da inafastabilidade do controle jurisdicional. Reafirma-se a asseguuração da igualdade entre as partes, mantendo a imparcialidade do juiz designado pela Constituição Federal e leis processuais (juiz natural). Assegura-se, ainda, o contraditório, que impõe oportunizar igualdade no processo com projeção de participação efetiva das partes e do juiz. Ainda,

¹¹⁰ DINAMARCO, Cândido. Instituições de Direito Processual Civil. cit., p. 245.

¹¹¹ Extensamente sobre o tema, veja-se Sergio Mattos, Devido Processo Legal e Proteção de Direitos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

¹¹² DINAMARCO, cit., p. 245/246.

impõe-se observar a necessidade de motivação das decisões judiciais, assegurada a publicidade dos atos processuais, salvo hipóteses excepcionais.¹¹³

Tais afirmações seriam despiciendas, pois bastaria recorrer ao conteúdo da cláusula genérica do devido processual legal, que tem o mérito de esboçar o perfil democrático do processo. Por isso, também estão incluídas naquela outras garantias que não são verdadeiros princípios do processo, mas com ele pertinentes, como a inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos, a inviolabilidade do domicílio e o sigilo das comunicações e dados. E mesmo não infringidas quaisquer dessas garantias, mas violadas as premissas do Estado liberal democrático pela legislação infraconstitucional ou até mesmo por decisão judicial, estar-se-á afrontando o *due process of law*.¹¹⁴

Há quem sustente, ainda, que a segurança deve ser um freio à eficiência a qualquer preço da prestação jurisdicional.¹¹⁵ Franco Cipriani, fazendo uma comparação entre garantia e eficiência do processo civil italiano, critica a concepção extremamente

¹¹³ DINAMARCO, cit., p. 246.

¹¹⁴ DINAMARCO, obra e loc. citados.

¹¹⁵ Carlos Alberto Alvaro de Oliveira lembra que “A aceleração do processo (uma das variáveis do valor efetividade) implica sempre risco do resultado qualitativo pretendido alcançar. Portanto, incrementar a segurança pode comprometer a efetividade, e em contrapartida incrementar a efetividade pode comprometer a segurança. [...] O ideal é que a efetividade virtuosa e qualificada não prejudique o direito ao processo justo (à segurança, em suma)” (Os Direitos Fundamentais à Efetividade e à Segurança em Perspectiva Dinâmica. Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil, Porto Alegre, v. 4, nº 21, nov. 2007, p. 121).

No mesmo diapasão é o entendimento de Antonio Palermo, ao referir que qualidade e quantidade são questões muitas vezes inconciliáveis para o juiz, podendo esse ser compelido, em vista do excesso de trabalho, a fundamentar insuficientemente e de forma incongruente a sentença. Isso já acontecia na Itália, na metade do século XX, quando muitos juízos já estavam incumbidos de um número muito grande de processos (Il Processo di Formazione della Sentenza Civile. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1956, p. 170).

publicística do CPC peninsular, decorrente do fato de ter sido promulgado durante o facismo, e que teria concedido poderes excessivos ao juiz, retirando-os das partes, a pretexto de privilegiar a eficiência em detrimento das garantias. Assim, sustenta que mesmo dispendo a Constituição italiana que o processo deve ter duração razoável, tal direito deve ser conciliado com o direito de ação, e que também é tutelado constitucionalmente. Portanto, às partes, quando concordes, não pode ser subtraído o direito de postergar a solução da causa, dispendo, ainda que pela via indireta, do tempo do processo, a isso não se podendo opor o juiz. Do mesmo modo, prossegue o jurista, não se pode sonegar às partes o direito à pronta impugnação de todas as decisões proferidas no processo, porque essa é tanto mais eficaz quanto mais imediata; do contrário, estar-se-á violando o direito de defesa.¹¹⁶

¹¹⁶ Il processo civile italiano tra efficienza e garanzie. Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile. Milano: Giuffrè, ano LVI, nº 4, dez. 2002, p. 1246/1247, 1250, 1258 e 1260. Com propriedade, diz Remo Danovi, ao referir-se ao juiz Brigialoca, conhecido por decidir o destino das causas mediante o uso de dados, que não o fazia apressadamente, mas somente quando a causa realmente estivesse madura para julgamento, pois a natureza “ensina a colher e comer os frutos quando são maduros”. A despeito disso, as partes recorriam de suas sentenças em proporção menor do que em relação às sentenças de outros juizes. Ainda que considere tal procedimento uma contradição, o jurista diz que isso “confirma a ideia de que o transcurso do tempo não pode ser *a priori* condenado, também porque ele normalmente abranda os sofrimentos e as dores das partes atenuam-se algumas vezes quando as arestas podem ser aparadas” (“I tempi della giustizia e i costi umani”. Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile. Milano: Giuffrè, ano L, 1996, p. 287).

Miguel Teixeira de Sousa rebate a posição de doutrinários que chama de adeptos de um “neoprivatismo do processo civil”, que tem como defensores Franco Cipriani na Itália e J. Montero Aroca na Espanha, argumentando eles que o “aumento dos poderes do juiz conduz a uma visão autoritária do processo”. Para o jurista português, “Não parece que assim deva ser entendido. É indiscutível que a *Zivilprozessordnung* austríaca de 1895 nasceu num ambiente político que não era liberal e que alguma legislação civil posterior - como, por exemplo, o Código de Processo Civil português de 1939 e o *Codice di Procedura Civile* italiano de 1940 - foi elaborada durante épocas autoritárias. É igualmente indiscutível que o intervencionismo do juiz consagrado nessas legislações podia ser visto como um reflexo de visões políticas autoritárias? No fundo, o controlo do Estado sobre o juiz era completado pelo controlo do juiz sobre o processo. Embora tudo isso seja verdade, é discutível que se possa defender que seja comprovável qualquer relação entre os poderes do juiz e as ideologias políticas. [...] É assim inaceitável defender que qualquer intervencionismo do juiz seja incompatível com ideologias políticas liberais e democráticas e, em especial, com a autonomia privada que subjaz a muitos aspectos do direito civil e comercial” (Um novo processo civil português: à la recherche du temps perdu? Revista do Processo, São Paulo, nº 161, jul. 2008, p. 211).

Na contramão da ideia desse jurista italiano, o projeto do novo CPC brasileiro deixa de contemplar a pronta impugnabilidade das decisões interlocutórias, que não mais estão sujeitas à preclusão, com isso podendo ser suscitadas em sede recursal.

Alvaro de Oliveira refere, quanto ao processo romano-canônico, que “À medida que aumenta a civilização e a riqueza, afinando-se os engenhos, desenvolvem-se os negócios e se complicam as relações sociais. Cresce, assim, a necessidade de ordenamentos jurídicos que consagrem processos mais lentos, em prol de melhor garantia dos direitos do cidadão. [...] Por tais razões, um processo dominado pelas partes era considerado como a melhor garantia contra os abusos do ofício jurisdicional. A grande desconfiança em relação ao judiciário conduziu, assim, à criação de normas processuais muito mais rígidas do que as conhecidas nos tempos atuais. Empregava-se, por fim, o argumento de corte lógico, no sentido de que deve corresponder à natureza privada do litígio a correlata faculdade dispositiva das partes sobre os limites da pretensão exercida no processo e das alegações conducentes a sua realização”.¹¹⁷

Necessário, pois, adequar a tutela jurisdicional a fim de que seja apta alcançar o direito material, garantindo a maior efetividade e segurança viáveis, o que se faz mediante a ponderação desses dois valores fundamentais, de modo a atingir o desiderato frente à espécie do direito atacado, tendo-se certos cuidados, “sob pena de ser violado o direito fundamental à segurança, cuja essência é a previsibilidade”. Por isso, “a transformação do texto em norma e com muito maior razão o afastamento da regra não podem ser efetivados de forma arbitrária pelo órgão judicial”, cuja atividade é repleta de controles por uma gama de direitos fundamentais processuais que formam o “processo justo”, o que impede, por exemplo, sejam agasalhadas decisões que, frágil

¹¹⁷ Alvaro de Oliveira, Carlos Alberto. *Do Formalismo no Processo Civil*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 24/25.

ou equivocadamente motivadas, ou estejam providas de fundamentação não verdadeira, violem as referidas garantias do cidadão.¹¹⁸

¹¹⁸ Alvaro de Oliveira, Carlos Alberto. Os Direitos Fundamentais à Efetividade e à Segurança em Perspectiva Dinâmica. Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil, Porto Alegre, v. 4, nº 21, nov. 2007, p. 122/124.

CAPÍTULO II

2. A sentença – Conceito e Requisitos

2.1. Conceito de sentença no direito brasileiro

O conceito de sentença ¹¹⁹ sofreu profunda mudança com a lei nº 11.232/05, que tem como ponto central a instituição, no processo civil brasileiro, do instituto do cumprimento da sentença, pondo fim, definitivamente, salvo hipóteses excepcionais, ¹²⁰ à necessidade de instauração de nova relação jurídica processual para a satisfação de obrigação reconhecida em título judicial. ¹²¹ Por ser de suma importância para o tema

¹¹⁹ Na lição de Noronha, *sentença*, “nos idiomas de origem latina, provém do verbo *sentire* (sentio, is, ire, sensi, sensum), com o significado de sentir, experimentar uma sensação ou sentimento, perceber pelos sentidos ou pela inteligência, decidir, julgar, votar, etc. Tais acepções semânticas por si sós já demonstram com clarificada nitidez a íntima correlação desse ato judicial com o poder que o emite e o seu agente, que é o Juiz. Nessa perspectiva, a sentença é instrumento que estabelece o liame entre o titular do poder (Estado-juiz) e a manifestação concreta desse poder, que, por ser soberano, investe-se de eficácia imperativa e vinculante” (Noronha, Carlos Silveira. *Sentença Civil - Perfil Histórico-Dogmático*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 28).

¹²⁰ Uma delas é a execução de sentença que condena a Fazenda Pública ao pagamento de quantia, que continua sob a sistemática *antiga*, quer dizer, carece da instauração de execução, com nova citação do ente estatal e, por consequência, instauração de nova relação processual, na qual é permitida a oposição via embargos do devedor, não mediante simples impugnação instituída pela Lei nº 11.232/05, art. 475-L, do CPC. Lembra-se ainda que, salvo quanto às obrigações de pequeno valor, a condenação imposta à Fazenda Pública continua sujeita ao regime dos precatórios, cuja satisfação tem sido relegada pelos entes federados, situação que pouco foi modificada com a Emenda Constitucional nº 62/2009, pois essa concedeu novo prazo de pagamento dos débitos, em pese tenha instituído uma nova hipótese de sequestro, qual seja, o descumprimento pelo ente federado da obrigação por ele assumida relativamente a um dos regimes especiais instituídos pelo art. 98 dos ADCT.

¹²¹ Note-se que muito antes a instauração de processo de execução de título judicial já havia sido dispensada, nas sentenças de obrigação da fazer ou não fazer, em vista da nova redação do art. 461 dada pela Lei nº 8.952/94. E, relativamente às sentenças para entrega de coisa, o mesmo ocorreu com a Lei nº 10.444/02, que introduziu no CPC o art. 461-A. Ou seja, até a lei nº 11.232/05, o CPC já previa o simples *cumprimento da sentença* para os títulos executivos judiciais que impunham obrigação de fazer ou não fazer, assim como para a entrega de coisa.

objeto do presente trabalho, serão estudados os conceitos anterior e posterior ao citado diploma legal.

2.1.1. Conceito anterior à Lei nº 11.232/05

Na redação do art. 162, § 1º, do CPC, anteriormente à Lei nº 11.232/05, “**sentença é o ato pelo qual o juiz põe termo ao processo, decidindo ou não o mérito da causa**”, ao que se agregava o disposto no art. 463, também em sua redação original, que prescrevia: “**Ao publicar a sentença de mérito, o juiz cumpre e acaba o ofício jurisdicional**”.¹²²

Para Ovídio Baptista da Silva, sentença “é o ato que encerra o processo e põe termo à relação processual”, acrescentando, ainda, que “A ideia de que a sentença seja o ato de encerramento da relação processual é universalmente aceita no direito moderno, por razões que já foram sumariamente por nós indicadas, tendo sido proclamada por CHIOVENDA (*Instituições*, I, nº 36), CARNELUTTI (*Istituzioni*, II, nº

¹²² Tal conceito, relativamente à extinção do feito e, por consequência, ao cumprimento da função jurisdicional em determinada relação processual, já não era absoluto. Basta lembrar vários procedimentos especiais previstos no CPC, em que podem ser proferidas duas sentenças de mérito numa única relação processual. Assim, por exemplo, na ação de prestação de contas, em que a primeira sentença, na hipótese do art. 915, § 2º, do CPC, pode impor ao réu a obrigação de prestar contas e a segunda sentença apreciará as contas apresentadas e fixará o saldo devido por uma das partes, servindo como título executivo judicial (art. 918). O mesmo pode ocorrer na ação de consignação em pagamento em que o autor tenha dúvida a respeito de quem seja seu credor, hipótese em que a primeira sentença, se julgar procedente o pedido, declarará a extinção da obrigação, prosseguindo a lide, doravante, apenas entre os réus, sobrevivendo nova sentença em que o juiz decidirá a quem caberá o depósito (arts. 895 e 898). Sobre a ação de prestação de contas, Adroaldo Furtado Fabrício deixa bem claro que as duas fases do procedimento (decisão sobre a obrigação de prestar contas e, depois, decisão sobre as contas prestadas) são típicas de conhecimento, não se podendo dizer que a segunda é de *execução*, vez que ambas são manifestamente *declarativas*. Não há, pois, como diz o jurista, “fases de conhecimento e de execução, mas processos distintos correspondentes a cada uma dessas modalidades de tutela jurisdicional” (Comentários ao Código de Processo Civil. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988, p. 327).

480), LIEBMAN (*Embargos do Executado*, nº 70, *Processo de Execução*, nº 18; e *Manuale*, I, nº 106) e ROSENBERG (*Tratado*, II, § 129), para citar apenas os processualistas de maior renome”.¹²³

Moniz de Aragão refere que a Exposição de Motivos do anteprojeto do CPC de 1973, da lavra do Prof. Alberto Buzaid, a despeito de ter afirmado que toda definição é perigosa em direito, formulou algumas que lhe pareceram necessárias. Uma delas é a de sentença, que, consoante o jurista citado inicialmente, não estaria conforme a melhor doutrina, pois apenas a decisão do mérito da causa, acolhendo ou rejeitando o pedido do autor, definiria a **sentença**, conforme CHIOVENDA e outros processualistas, abeberados nas fontes romanas.¹²⁴

De qualquer forma, o jurista refere que a sentença nem sempre encerra o processo, pois as partes dela podem recorrer, caso em que o ato final do processo poderá ser o acórdão proferido em sede de apelação, podendo, todavia, não o ser, se interposto outro recurso, inclusive extraordinário, havendo ainda hipóteses em que o processo de conhecimento é composto de duas fases, como ocorre na ação de

¹²³ Curso de Processo Civil. 3ª ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1996, p. 339/340. O jurista refere, ainda, que as definições constantes do art. 162 (sentença, decisão interlocutória e despacho) tiveram como escopo superar as divergências existentes, sob a vigência do CPC de 1939, quanto ao recurso cabível contra cada ato judicial (obra citada, p. 339).

¹²⁴ Comentários ao Código de Processo Civil. 6ª ed. Rio de Janeiro: 1986, t. II, p. 51. O autor faz menção ao CPC de 1939, o qual distinguia duas espécies de pronunciamento final: a sentença terminativa, que não resolvia o mérito da causa, e a definitiva, que o fazia, cabendo contra a primeira agravo de petição e, contra a segunda, apelação, distinção só levada a efeito no art. 459 do CPC vigente, reconhecendo a existência de duas espécies de sentença - a que decide o mérito e a que não o faz. De qualquer sorte, reconhece Moniz de Aragão que “essa tomada de posição, conceituando os dois atos processuais como sentença somente se justifica visando a evitar o problema existente, ao tempo do Código de 1939, que torturava partes e tribunais acerca de ser ou não cabível o recurso interposto, se havia erro grosseiro ou se havia ou não sido decidido o mérito da causa” (p. 51/52).

prestação de contas, pelo que a primeira sentença não lhe põe fim. Conclui, com isso, que a sentença é apenas o provimento judicial que põe fim ao procedimento em primeiro grau de jurisdição, ou uma de suas fases.¹²⁵

Dinamarco conceitua separadamente as sentenças terminativa e de mérito. Quanto à primeira, é proferida quando se reconhece a inviabilidade de apreciar o mérito da causa, ocorrendo *verdadeira crise do processo* com sua *extinção anômala*, sem que o juiz tenha cumprido seu dever de decidir a demanda. A segunda consiste no “momento culminante do processo de conhecimento, dito também *processo de sentença* porque tem a finalidade específica de produzir a tutela jurisdicional mediante o *juízo de pretensões*. *Julgar* é optar por uma solução, entre duas ou várias apresentadas ou postuladas, e o *mérito* a ser julgado é a pretensão trazida ao juiz em busca de satisfação”.¹²⁶

Arruda Alvim sustenta que a sentença, além de ser ato de autoridade, cujo valor decorre da legitimidade – juiz competente e não impedido – de quem o prolata, “é o ato

¹²⁵ Moniz de Aragão, Egas. Sentença e Coisa Julgada - Exegese do Código de Processo Civil (arts. 444 a 475). Rio de Janeiro: Aide, 1992, p. 79/80.

Arruda Alvim também leciona que, a princípio, a atividade estatal de decidir encerra-se com a sentença, ressalvada, entretanto, a interposição de recurso. Ademais, na hipótese do duplo grau de jurisdição obrigatório, a sentença não finda o ônus de decidir, pois tal só estará encerrado quando houver apreciação da sentença pelo Tribunal de Apelação (SENTENÇA NO PROCESSO CIVIL - As diversas formas de terminação do processo em primeiro grau. Revista do Processo, São Paulo, nº 2, abr-jun/1976, p. 30/31).

Idêntico, do mesmo modo, o ensinamento de Bruno Garcia Redondo, quando refere as críticas da doutrina para a imprecisão do conceito, haja vista que, sendo objeto de recurso tempestivo, a sentença não põe fim ao processo, que persiste nos Tribunais, até que ocorra o trânsito em julgado. Além disso, tal definição só tinha razão de ser até o advento da Lei nº 11.232/05, que suprimiu os processos de liquidação da sentença e de execução, passando ambos a ser tão-somente *fase* do processo de conhecimento (Sentença parcial de mérito e apelação em autos suplementares. Revista de Processo. São Paulo. Nº 160, jun. 2008, p. 143).

¹²⁶ Instituições de Direito Processual Civil. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, v. III, p. 180/181 e 195.

culminante do processo de conhecimento. Na sentença, o juiz, na qualidade de representante do Estado, dá, com base na lei e no direito, uma resposta imperativa ao pedido formulado pelo autor, bem como à resistência oposta a esse pedido pelo réu, na defesa apresentada”. [...] Trata-se do “ato jurídico, por excelência, definidor dos direitos das partes”, nele concretizando-se o papel da jurisdição no processo.¹²⁷

Para Marinoni e Arenhart, “Como está claro, o Código de Processo Civil, ao classificar em três os atos que podem ser praticados pelo juiz, resolveu definir que a sentença é o ato que põe fim ao processo, julgando ou não o mérito...”, tornando fácil a tarefa do aplicador do direito de saber qual o recurso cabível contra os atos do juiz – pondo fim ao processo, é sentença e, portanto, o recurso é a apelação, irrelevante a natureza do pronunciamento judicial, se adentrou ou não o mérito da causa. Basta que o processo seja extinto para que o ato que o fizer caracterize-se como sentença.¹²⁸

¹²⁷ Arruda Alvim, José Manoel. SENTENÇA NO PROCESSO CIVIL - As diversas formas de terminação do processo em primeiro grau. Revista do Processo, São Paulo, nº 2, abr-jun/1976, p. 21, 30 e 61. O jurista ainda refere conceitos de juristas pátrios antigos, ainda do século XIX, todos vinculando a sentença definitiva como a que é proferida acerca da questão principal. Para Paula Batista, sentença era “a decisão proferida pelo juiz sobre a questão submetida ao seu conhecimento”, podendo ser condenatória ou absolutória; João Monteiro dizia que a sentença destinava-se à definição do cerne do litígio, remetendo-se ao mais antigo direito italiano, que conceituava as sentenças definitivas como sendo as que decidiam o mérito de uma controvérsia; Moraes Carvalho dividia a sentença em definitiva e interlocutória, a primeira decidindo a questão principal e essa algum incidente daquela (remissão equivocada, pois o incidente é do processo, não da sentença). Pereira e Souza dizia que “sentença definitiva é aquela pela qual se decide a questão principal da causa. Sem dúvida, a palavra *sentença* indica a definitiva, pois é chamada sentença por excelência”. E para Ramalho, sentença definitiva era a que punha fim à questão principal (op. cit., p. 40).

¹²⁸ Marinoni, Luiz Guilherme e Arenhart, Sergio Cruz. Manual do Processo de Conhecimento. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 400/401.

Daniel Mitidiero, depois de fazer uma resenha histórica do instituto,¹²⁹ diz que o CPC vigente,¹³⁰ ante as dificuldades que existiam na vigência do código de 39, “resolveu assumir a respeito do tema uma postura dita puramente pragmática: conceituou sentença como o ato que encerra o processo, com ou sem a resolução do mérito (art. 162, § 1º), tornando-a sempre apelável (art. 513), recebendo destarte os aplausos de Pontes de Miranda. Colheu a legislação, segundo autorizada pena, o critério topológico de classificação dos atos jurisdicionais”. É, pois, sentença, “todo e qualquer ato que tende a enfeixar o procedimento em primeiro grau, examine ou não o

¹²⁹ Importante o que diz o autor sobre a história da sentença: “Em direito romano, segundo afiança Giuseppe Chiovenda, a *sententia*, era entendida como o ato que acolhia ou rechaçava a ação do autor, decidindo o mérito do processo, contrapondo-se a esta a *interlocutio*, como decisão tomada no curso da relação processual, cuja vocação não remontava à análise do objeto litigioso. Afora o conteúdo, a sentença e a interlocutória distanciavam-se ainda no que concernia ao regime de recorribilidade, porquanto a primeira se mostrava apelável, ao passo que a segunda não desafiava este mesmo recurso. Enfeixando o rol de diferenças, afirmava-se que apenas a sentença poderia lograr força de coisa julgada, não sendo possível à interlocutória granjear esta mesma e especial estabilidade. No âmbito do processo germânico medieval difundiu-se a expressão ‘sentença interlocutória’, nunca dantes utilizada, espalhando-se dali para o antigo direito italiano, logrando alcançar inclusive o direito luso-brasileiro, como facilmente se vê ao consultar-se nossas Ordenações (...). Com a locução, obscureceu-se a diferença entre sentenças e decisões interlocutórias, equiparando-se as mesmas tanto no nome como na disciplina, a ponto mesmo de se considerar possível apelação destas ‘sentenças interlocutórias’, tornando-se aptas inclusive a adquirirem a qualidade de coisa julgada. Essa curiosa assimilação, continua a explicar Chiovenda, só fora possível, dentre outros fatores, pela excessiva valorização do elemento lógico no processo comum (o *modus* de que se socorreu o pensamento jurídico medieval, lembra-nos Castanheira Neves, tinha em sua base formativa o *trivium* e o seu método era o da escolástica), contraposta à ideia romana de processo como instrumento para obtenção do Direito, concedendo-se ou negando-se o bem da vida aos litigantes, chegando-se mesmo a se entender a relação processual nesta época como um simples modo de resolver questões. Ao fim e ao cabo, como mostra Chiovenda, a diferença entre as sentenças interlocutórias e as sentenças definitivas residia em que estas definiam a questão principal, ao passo que aquelas solucionavam as questões incidentes. Dentro de nossa doutrina mais antiga era absolutamente tradicional a classificação das sentenças em definitivas e interlocutórias, sendo que estas se subdividiam ainda em simples ou com força de definitivas (mistas). Herdamos, pois, o critério topológico do direito comum, restando olvidado o critério material havido no direito romano. Nossas Ordenações não deixam dúvida a respeito: colhe-se, por exemplo, nas Afonsinas, que ‘sentença intrelucutoria he chamada em direito qualquer Sentença, ou Mandado, que o Juiz dá, ou manda em algum feito, ante que de Sentença definitiva (Livro III, Título LXVII, pr.) (Comentários ao Código de Processo Civil. São Paulo: Memória Jurídica, 2005, tomo II, p. 52/54).

¹³⁰ Aqui o autor refere-se ao CPC de 1973, ainda vigente.

mérito da causa” – apreciado o mérito, tem-se a sentença como definitiva; não o fazendo, ela será simplesmente terminativa.¹³¹

Luiz Fux diz ser importante, para que um ato processual seja sentença, seu desiderato de fulminar o processo, sendo irrelevante a apreciação ou não do mérito, correspondendo à dicotomia entre sentenças *definitivas*, que decidem o litígio e *terminativas*, que encerram o processo sem que decidida a questão de fundo.¹³²

Nagib Slaibi Filho ensina que a sentença põe fim à relação processual, solucionando ou não o conflito de interesses, solvendo o liame que vincula as partes e o juiz, sendo que o recurso apenas posterga essa relação quanto aos pontos impugnados do *decisum*. É a sentença “o resultado da atividade processual não só do juiz, mas de todos os participantes do processo, sejam eles protagonistas (as partes), coadjuvantes (assistentes, terceiros intervenientes incidentalmente, as testemunhas, auxiliares da justiça, como os serventuários e peritos, etc.) e até mesmo os terceiros desinteressados que se submetem aos efeitos da decisão (por exemplo, o credor do casal, na ação de divórcio) ou que devem colaborar para a descoberta da verdade e da atuação da lei (por exemplo, o dever jurídico insculpido no art. 341)”.¹³³

Luiz Fernando Bellinetti refere a existência de três noções de sentença, fruto de construções intelectuais distintas, entre as quais é difícil apurar a ideologia que as

¹³¹ Comentários ao Código de Processo Civil, tomo II, cit. p. 55 e 57.

¹³² Fux, Luiz. Curso de Direito Processual Civil. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 320.

¹³³ Slaibi, Nagib Filho. Sentença Cível (Fundamentos e Técnica). 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 281.

orienta. A primeira, umbilicalmente ligada à conceituação material, mostra o ato judicial como *o ato processual que decide um litígio autônomo*. A segunda, mais voltada à ideia de sentença como ato tipicamente processual, posiciona-a como *o ato processual que encerra o processo, com ou sem julgamento do mérito*. E a terceira noção, mais afastada da material e histórica do *decisum*, demonstra-o sob um aspecto puramente formal, quer dizer, trata-se de *ato processual decisório emitido sob determinada forma*. Para o legislador, todavia, assim como no Direito Português, predominam somente os dois primeiros conceitos, sendo a sentença o ato que encerra o processo, decida ou não o mérito da causa.¹³⁴

Carlos Silveira Noronha leciona que, “etimologicamente, *sentença* vem do verbo latino *sentire*, e segundo alguns teria derivado de *sentiendo*, gerúndio desse verbo latino, donde a expressão *sententia* no Direito Romano. Diante de tal origem, torna-se fácil conceber que a semântica da palavra expressa sentimento ou a sensibilidade de quem se encontra diante de determinado fato para alcançar a inteligência e o conteúdo desse fato”. Quanto ao conceito legal, refere que o legislador do CPC de 1973 distinguiu as sentenças em *definitivas*, quando julgam o mérito e em *terminativas*, quando não o fazem, seguindo a tradição do CPC de 1939.¹³⁵

¹³⁴ Sentença Civil - Perspectivas conceituais no ordenamento jurídico brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 93, 129 e 131.

¹³⁵ Sentença Civil - Perfil Histórico-dogmático. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 274 e 280. O autor refere, quanto às *sentenças interlocutórias*, que o CPC vigente, assim como o de 1939, rompeu tradição multissecular, que vinha desde o direito comum, e que distinguia as sentenças interlocutórias simples e as mistas ou com força de definitivas, essas últimas subdividindo-se em terminativas do processo e causadoras de dano irreparável, as primeiras sendo transpostas para a classe das terminativas. As últimas, porém, foram olvidadas pelo legislador e, portanto, perderam a definitividade, passando a ser atacadas por agravo de instrumento, sem efeito suspensivo, o que impunha, antes da vigência da Lei nº 9.139/95, a impetração de mandado de segurança para suspender a decisão agravada até o julgamento do recurso interposto (fl. 280).

2.1.2. Conceito posterior à Lei nº 11.232/05.

A lei nº 11.232/05 procedeu à profunda alteração no processo civil brasileiro, suprimindo quase que por inteiro ¹³⁶ a divisão entre processo de conhecimento e de execução, instituindo verdadeiro processo sincrético, em que se unem as funções conhecimento e execução. ¹³⁷ Elimina-se a execução como processo autônomo, passando o título a ser cumprido sem a necessidade de nova citação do devedor. Haverá **execução**, não como novo processo, mas como simples fase de *cumprimento da sentença*. ¹³⁸

Por isso, o legislador obrigou-se a alterar o conceito de sentença, excluindo do § 1º do art. 162 a referência à extinção do processo como consequência do julgamento do mérito da lide ¹³⁹, o mesmo ocorrendo com o art. 269. Além disso, suprimiu-se do

¹³⁶ Já referimos que permanece a dicotomia entre conhecimento e execução, por exemplo, nos processos em que imposta condenação ao pagamento de quantia contra a Fazenda Pública, vez que persiste a necessidade de execução da sentença com nova citação do executado e, via de consequência, instauração de nova relação processual.

¹³⁷ De lembrar que o sincretismo entre as fases de conhecimento e de execução, instaurada essa sem a formação de nova relação processual, não é novidade no direito canônico, cujo Código de 1983 dispõe que a execução é apenas uma fase ou prosseguimento do processo de conhecimento, instaurando-se *ex officio iudicis* ou *ad sollicitudinem partis*. O mesmo ocorria no processo romano clássico, no qual não havia autonomia da execução da sentença (Noronha, Carlos Silveira. *Sentença Civil - Perfil Histórico-Dogmático*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 186 e 198).

¹³⁸ Estranhamente, o *caput* do novo art. 475-I, do CPC, dispõe que, quando se tratar de sentença que imponha obrigação de fazer ou não fazer, ou entrega de coisa, haverá mero *cumprimento da sentença*; todavia, quando a sentença impuser obrigação de pagar quantia, aquele se dará por execução, na forma disposta no capítulo X do título VIII do livro I do código. Em ambos os casos, no entanto, não haverá nova citação do vencido, para formação de nova relação processual, mas simples prosseguimento dos atos na relação já existente, e que não findou com a sentença.

¹³⁹ Note-se que do art. 267 do CPC não foi suprimida a referência à *extinção do processo* como consequência da sentença terminativa, olvido que mereceu críticas de Araken de Assis, para quem, mesmo na hipótese de sentença terminativa, ela não extinguirá o processo, pelo menos quando houver verba sucumbencial imposta pela sentença e que o vencido pretender exigi-la, caso em que o fará, também, nos termos dos arts. 475-I e seguintes, introduzidos pela Lei nº 11.232/05.

caput do art. 463 a expressão “cumpre e acaba seu ofício jurisdicional”. Tudo para deixar claro, ao menos em relação às sentenças definitivas, que não há extinção do processo.

Desta forma, a sentença passa a ser, segundo o legislador pátrio, não mais o ato que extingue o processo, mas aquele em que o juiz **resolve** ou não o mérito da causa, ou seja, profere *decisum* terminativo (art. 267) ou definitivo (art. 269), sem concluir o ofício jurisdicional, que poderá prosseguir, em havendo juízo de procedência – e, pois, de mérito -, na fase de cumprimento do julgado.¹⁴⁰

No dizer de Daniel Mitidiero, sentença será o ato do juiz que resolve uma controvérsia, nos moldes dos arts. 267 e 269, ultrapassando-se, preclusivamente, dada etapa processual, definindo, de forma irrevogável, uma das hipóteses previstas nos citados dispositivos. Assim, o balizador demonstrado pelo legislador das mudanças

A mesma crítica, aliás, foi feita por Bruno Garcia Cardoso, para quem teria ido mais adequado que o legislador dispusesse, pura e simplesmente, no art. 267 do CPC, por exemplo, que, nessa hipótese, “o magistrado encerra seu ofício de julgar, sem resolver o mérito” ou, de modo bem mais simples, que “Não há resolução do mérito”, até para contrapor ao art. 269 (Sentença parcial de mérito e apelação em autos suplementares. Revista de Processo. São Paulo, ano 33, nº 160, jun. 2008, p. 144/145).

Por certo, a não alteração por completo do art. 267 não significa que o legislador das últimas reformas do CPC quis distinguir suas espécies de sentença: uma de mérito, que não extingue o processo e outra que, por não ser de mérito, fulmina aquele. Do contrário, ter-se-ia de admitir que, na hipótese do art. 267, a sucumbência tivesse de ser exigida via novo processo de execução, o que ninguém se atreveria a dizer, por certo. Ademais, na hipótese da sentença que proclamar a prescrição ou decadência, também não haverá condenação do réu e, ainda assim, o processo estará extinto. Em verdade, retirou-se da sentença de mérito a capacidade de fulminar a relação processual, justo para permitir seu cumprimento sem a necessidade da instauração de uma nova relação processual. Não se esqueça, ainda, de que a redação do art. 267, seja a atual, seja a anterior, também não era de todo absoluta, uma vez que nas hipóteses em que o juiz reconheça a ilegitimidade passiva de um dos litisconsortes em saneador, ele não profere sentença e, portanto, não extingue o processo, que prossegue contra o litisconsorte (s) remanescente (s).

¹⁴⁰ Ensina Daniel Mitidiero que o legislador não abandonou o critério topológico, como entendeu Araken de Assis, na obra Cumprimento da Sentença, mas deixou claro que a sentença é o ato judicial caracterizado pela *definitividade*, o que a distingue, portanto, da decisão interlocutória (In: A Nova Execução - Comentários à Lei nº 11.232, de 22 de dezembro de 2005. Alvaro de Oliveira, Carlos Alberto (coord). Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 6/7).

processuais para distinguir sentenças das decisões interlocutórias é o da definitividade da apreciação jurisdicional.¹⁴¹

Haroldo Serrano de Andrade conceitua a sentença como “o ato do juiz que trate de qualquer dos temas elencados nos art. 267 e 269 e que não constituísse interlocutória ou, por outras palavras, que não se ativesse à questão processual incidente. Isso significa que só haverá sentença se concorrerem dois requisitos essenciais ao ato do juiz: a) ter por conteúdo um dos itens listados nos dispositivos referidos e b) não se limitar a solucionar questão incidente, durante a marcha natural do processo. É dizer, deverá pôr fim ou à fase processual de conhecimento (se a pretensão de direito material for a de pagar) ou ao próprio processo (nos outros casos), analisando um dos assuntos enumerados nesses artigos”.¹⁴²

Para Humberto Theodoro Junior, só haverá sentença, nos moldes dos arts. 267 e 269, quando o ato judicial puser fim ao processo ou quando resolva por inteiro o objeto principal do processo pendente de acerto em juízo; necessário, pois, que todo o pedido ou todos os pedidos da inicial tenham sido resolvidos, positiva ou negativamente. Assim, se o ato judicial não os alcança por inteiro, postergando questões para solução

¹⁴¹ Mitidiero, Daniel Francisco. in: A Nova Execução - Comentários à Lei nº 11.232, de 22 de dezembro de 2005, Alvaro de Oliveira, Carlos Alberto (coord). Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 7.

¹⁴² *Uma releitura da sentença e o "apelo por instrumento"*. Disponível em www.jusnavigandi.com.br. Acesso: 04.09.2006. Para o jurista, se o ato judicial, a despeito de dispor sobre quaisquer das matérias do art. 267 do CPC, não encerrar o processo, não é sentença, mas decisão interlocutória, passível de recurso de agravo, situação que não sofreu qualquer alteração com a lei nº 11232/05, que em nada mudou a sistemática recursal (arts. 513 e 522 do CPC) vigente.

posterior, não haverá sentença, mas sim decisão interlocutória que, dentro da lógica do sistema, é o ato que, no curso do processo, resolve questão incidente.¹⁴³

Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, depois de mencionar que a antiga redação do art. 162, § 1º, do CPC, já era falha, porque em verdade a sentença não punha fim ao processo, que persistia com a apelação, terminando tão-somente com o procedimento em primeiro grau, diverge da doutrina quando diz que, a partir da lei nº 11.232/05, importa é o “conteúdo do pronunciamento do juiz”. Entretanto, refere que não é bem assim, pois não havendo julgamento de mérito (art. 267), a extinção do processo é primordial para que haja sentença. Já quanto ao art. 269, persiste para o jurista gaúcho o critério topológico, sem importar o conteúdo, porque muitas sentenças não o têm. Conclui afirmando que “Sentença é o ato do juiz que está vinculado às diversas e heterogêneas situações descritas nos dois artigos mencionados”.¹⁴⁴

Bruno Garcia Redondo depois de referir que o legislador abandonou o critério topológico, privilegiando o conteúdo do ato, conceitua a sentença como “o provimento judicial que, resolvendo ou não o mérito da causa, põe termo, em primeiro grau, ao ofício de julgar do magistrado relativamente a um certo pedido. Ou, em outras palavras, sentença é o ato processual final, de inteligência (lógico) e de vontade (ordem,

¹⁴³ As Novas Reformas do Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 5/6.

¹⁴⁴ Alvaro de Oliveira, Carlos Alberto. Da sentença: Lei nº 11.277/06 e nova redação dada aos arts. 162, 267, 269, 463 e introdução dos arts. 466-A, 466-B e 466-C pela Lei nº 11.232/05. In: As Recentes Reformas Processuais. Caderno do Centro de Estudos do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. V. 1, nov. 2006, p. 29/31. O jurista refere, por exemplo, a hipótese de transação, cuja sentença homologatória não tem conteúdo, sendo “transparente”, como dizia Pontes de Miranda, pois aquele é dado pela partes. Além disso, argumenta com a ausência de uniformidade de causas nos arts. 267 e 269. Assim, os casos de desistência da ação ou de negligência do autor não se assemelham ao julgamento de carência, só havendo, do mesmo modo, julgamento na hipótese do inc. I do art. 269. Portanto, não há, na visão do jurista gaúcho, “critério científico, mas apenas um critério pragmático”. (obra cit., p. 30/31).

comando) que põe termo ao ofício de julgar do magistrado em relação a uma pretensão formulada”.¹⁴⁵

Celso Lisboa sustenta que o conceito da sentença, anteriormente à Lei nº 11.232/05, era equivocado, pois ela nem sempre encerrava o processo, ainda mais havendo apelação. Para ele, “Resolver a lide significa, pois, o encerramento do processo, pelo menos em primeiro grau de jurisdição”. E porque o juiz deve continuar atuando no processo mesmo depois do trânsito em julgado da sentença, só findando o ofício jurisdicional quando se efetivar o cumprimento da sentença, o legislador teve de alterar o § 1º do art. 162, ainda que, em sua opinião, fosse mais adequado que se conceituasse sentença como *pronunciamento* e não *ato*, como dispôs o legislador.¹⁴⁶

Entendemos que a sentença não foi modificada em sua essência, pois continua a ser o ato do juiz que resolve a lide (mérito), ainda que de forma parcial (sentença definitiva), ou a ela põe fim (sentença terminativa). Sem, todavia, dar cabo do processo, muito menos do ofício jurisdicional, porque, em vista do sincretismo das fases de cognição e execução, essa sucede àquela sem que haja necessidade de formação de nova relação processual, prosseguindo o juiz em seu mister no mesmo processo.¹⁴⁷

¹⁴⁵ Redondo, Bruno Garcia. Sentença parcial de mérito e apelação em autos suplementares. Revista de Processo. São Paulo, ano 33, nº 160, jun. 2008, p. 143/4.

¹⁴⁶ Lisboa, Celso Anicet. A Reforma do Código de Processo Civil. - Comentários às Leis nº 11.187, de 19 de outubro de 2005 (Agravo) e 11.232, de 22 de dezembro de 2005 (Fases de cumprimento da sentença). Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 7/8.

¹⁴⁷ Reiteramos: tal não é absoluto, pois em relação à condenação da Fazenda Pública ao pagamento de quantia, persiste a necessidade de instauração de processo de execução, não havendo, pois, sincretismo, mas, ao contrário, autonomia, entre as fases de conhecimento e execução.

No entanto, sempre que houver apreciação do mérito, o conteúdo do pronunciamento implicará sua qualificação como sentença, ainda que por razões de opção legislativa, seja qualificada como decisão interlocutória, sujeita a recurso de agravo de instrumento.¹⁴⁸

2.1.3. A sentença no direito estrangeiro

O legislador processual civil italiano não formula um conceito de sentença, como faz o CPC brasileiro. Todavia, nos termos do art. 279, segunda parte, do CPC italiano, tem-se que o legislador peninsular, ao referir que, quando o *collegio*¹⁴⁹ decide determinadas matérias, estará proferindo sentença, caracteriza tal ato pelo seu **conteúdo**. Assim, ainda que denominado de sentença, o ato que não deliberar sobre

¹⁴⁸ Lembramos que, com a Lei nº 11.232/2005, a liquidação da sentença, ainda que trate do mérito da causa, é resolvida por decisão interlocutória, recorrível por agravo de instrumento (art. 475-H, do CPC); o mesmo ocorre com a decisão que desacolher, ainda que em parte, a impugnação ao cumprimento da sentença (que sucedeu os embargos à execução da sentença), pois mesmo versando sobre o mérito da causa, finda por decisão interlocutória, também impugnada por agravo de instrumento, salvo quando a impugnação é acolhida integralmente, com a extinção da execução, caso em que haverá *sentença*, atacada via apelação (art. 475-M, § 3º, do CPC).

¹⁴⁹ Recordar-se que, na sistemática processual civil italiana, vigente até a Reforma de 1990, no primeiro grau de jurisdição, da instrução da causa era encarregado o *giudice istruttore*, cabendo o julgamento, em regra, a um colegiado. Assim, o juiz instrutor profere, salvo exceções expressas, chamadas de *decreto* (por exemplo, arts. 178, quinto, 199, 288 e 297), as chamadas *ordinanze*, nos termos do art. 176. Já o *collegio*, além das sentenças, profere também *ordinanze*, apenas na hipótese de decidir sobre questões relativas à instrução da causa, assim como *decreto* (por exemplo, na hipótese do art. 275, terceiro). Cumpre referir, todavia, que lei nº 353, de 1990 passou a admitir o julgamento da causa por um tribunal de composição monocrática, ou seja, um juiz único, não mais um colegiado, o que está regulado pelos arts. 281bis a 281novies (no Brasil, seriam 281-B e 281-I), tendo aquele (art. 281-quater) os mesmos poderes do *collegio*. Desta forma, salvo algumas exceções, o Tribunal decide na pessoa do juiz instrutor que, sendo a decisão da competência do *collegio*, atua como relator. A decisão por colegiado é ainda obrigatória nas causas em que há necessária intervenção do Ministério Público, nos procedimentos de jurisdição voluntária, na maioria dos juízos derivados do processo falimentar e dos outros procedimentos de concurso de credores, nas causas de responsabilidade de administradores, diretores e liquidantes das sociedades e outros litígios que tenham por objeto relações societárias; os juízos de extinção de condomínios e que tratem de responsabilidade civil do juiz (Tarzia, Giuseppe. O Novo Processo Civil de Cognição na Itália. Revista da AJURIS, Porto Alegre, v. 65, nov. 1995, p. 75).

qualquer das matérias previstas no art. 279, segunda parte, do CPC italiano, não é sentença.

As matérias que caracterizam a sentença são: (1) definição sobre jurisdição ou competência; (2) questões prejudiciais atinentes ao processo e preliminares de mérito; (3) decisão sobre o mérito; (4) decisão sobre qualquer das questões anteriores, sem definição do juízo, determinando a posterior instrução da causa; (5) decisão que, na hipótese de litisconsórcio ativo facultativo ou cumulação objetiva de demandas, decide apenas alguma (s) demanda (s) até então reunidas, determinando, quanto à (s) remanescente (s), sua separação e respectiva instrução.

O juiz italiano não tem, portanto, como o brasileiro, a liberdade de escolher livremente se decide determinada questão mediante sentença ou decisão. Ao revés, essa escolha é feita pelo legislador, ao dispor quando o juiz pronuncia um ou outro ato judicial, tendo caráter pleno, portanto, a disposição legislativa que estabelece a espécie de ato judicial a ser proferido pelo juiz, do que resulta irrelevante a *forma* utilizada em concreto pelo juiz para decidir, importando apenas a forma *abstracta* imposta pela lei.¹⁵⁰

Chiovenda assevera, em suas *Instituições*, que “sentença definitiva é, por sua natureza, a que decide sobre a demanda, acolhendo-a ou rejeitando-a”. Arremata dizendo que “Sentença definitiva, no conceito romano e na lógica processual, é a sentença que se pronuncia sobre a demanda judicial, acolhendo-a ou rejeitando-a, ou

¹⁵⁰ Luiso, Francesco Luiso. *Diritto Processuale Civile - Il Processo di Cognizione*. 3ª ed. Milano: Giuffrè, 2000, v. II, p. 171/172.

declarando não poder decidir sobre ela, ou seja, o ato por meio do qual o juiz satisfaz a prestação que lhe cumpre”.¹⁵¹

Calamandrei acentua que “seja qual for a definição da sentença, resolvendo-se a questão de ser ato de inteligência ou de vontade, não se poderá jamais negar que nela se contém um juízo lógico, o qual, como qualquer juízo, seja o mais elementar e mais simples, deve ser o resultado de um silogismo, explícito ou implícito. Mas a sentença distingue-se de todos os outros juízos na medida em que o juízo que dela se extrai tem conteúdo jurídico, isto é, afirma a existência ou inexistência da vontade da lei (ou seja, de um direito subjetivo) em favor de alguém”.¹⁵²

Segundo Antonio Palermo, “a sentença constitui decisão com força de verdade indiscutível em torno de um caso determinado da vida prática, contendo e exprimindo uma valoração jurídica sobre declarações ou comportamentos relevantes para o direito, e implica um cotejo entre a fatispécie concreta e a legal, devendo identificar a qualidade jurídica de um ato em relação a uma norma jurídica”. Trata-se de ato jurídico que tende

¹⁵¹ Instituições de Direito Processual Civil. Tradução da 2ª ed. italiana por J. Guimarães Menegale. São Paulo: Editora Saraiva, 1969, v. III, p. 237/238.

¹⁵² Calamandrei, Piero. La Genesi Logica della Sentenza Civile. Opere Giuridiche. Napoli: Morano Editore, 1965, p. 13. Acrescenta o jurista italiano que, “na formação da sentença, os instrumentos do raciocínio do juiz consistem exclusivamente em juízos lógicos, os quais podem reduzir-se a duas grandes categorias: alguns são juízos abstratos, de conteúdo geral, enunciados de modo a servir também para o futuro, quantas vezes produza-se certo acontecimento; outros são juízos concretos, de conteúdo singular, que afirmam a existência ou o modo de ser, historicamente verificado, de qualquer acontecimento, colocado no tempo e no espaço. Esses são juízos relativos a fatos singulares que têm importância no processo; aqueles, ao contrário, são *normas de lei*, que estabelecem um efeito jurídico aplicável toda vez que suas hipóteses venham a verificar-se, ou máximas de experiência, que, segundo a definição de Stein (que contribuiu principalmente para isolá-las e mostrar sua importância no campo processual) consistem em definições ou juízos hipotéticos de conteúdo geral, obtidos da experiência dos fatos, mas independentes dos casos singulares a cuja experiência são submetidos, e fora daqueles que se pretende usar também para casos posteriores” (cit., p. 51).

a solucionar um litígio de interesses surgido entre os contendores, no sentido da valorização concreta de dada relação jurídica relevante, consistindo a atividade do juiz em uma função de comparação ou valoração comparativa vinculante dos mesmos interesses, relativamente à guarida que a eles propicia o ordenamento jurídico. ¹⁵³

Na sentença, o jurista italiano identifica três atividades que se encadeiam. A primeira, é a reconstrução da situação de fato ocorrida (“crítica do fato”); a segunda, sucessivamente àquela, consiste na qualificação jurídica respectiva; e a terceira é a própria interpretação do direito, aplicando-se ao fato (“crítica do direito”), o que ocorre graças a uma interação recíproca da norma ao fato, e vice-versa. ¹⁵⁴

Em obra clássica, Rocco conceitua a sentença como “o ato com o qual o Estado, por meio do órgão jurisdicional, aplicando a norma ao caso concreto, declara qual a tutela jurídica o direito objetivo concede a um determinado interesse”. ¹⁵⁵

Para Franco Lancellotti, “A sentença civil é o provimento que um juiz (ou o colégio) pronuncia em nome do povo italiano, seguindo um complexo esquema de conteúdo formal, legislativamente predeterminado, ao final (mas algumas vezes no seu curso) de um processo civil de conhecimento, atuando no dever de decidir sobre as ações e

¹⁵³ Il Processo di Formazione della Sentenza Civile. Milano: Dott A. Giuffrè, 1956, p. 5/6.

¹⁵⁴ Palermo, Antonio. Op. cit., p. 48.

¹⁵⁵ Rocco afirma que o conceito de sentença decorre diretamente dos conceitos de jurisdição e processo. Seriam, conforme o jurista, três funções jurisdicionais na esfera cível - de adequação do direito ao caso concreto, de realização forçada desse direito e de conservação do estado de fato existente -, ao que correspondem três formas especiais de processo: de conhecimento, de execução forçada e cautelar (La Sentenza Civile. 1ª ed. (reimpressão). Milano: Dott A. Giuffrè, 1962, p. 26/27).

exceções das partes e do poder jurisdicional para o qual está reconhecidamente legitimado”.¹⁵⁶

Trata-se do mais complexo e importante provimento do juiz, que pode dizer respeito ao mérito ou ao rito. A sentença de mérito impõe medidas jurisdicionais com conteúdo típico – condenação, declaração, constituição -, com eficácia na esfera substancial, ou seja, no patrimônio das partes; a sentença de rito tem a ver com o processo e produz efeitos na respectiva esfera. Seja de mérito ou de rito, a sentença pode definir o juízo, caso em que será chamada definitiva, o que acontece com a sentença de mérito, quando acolhe a demanda (ou as demandas). Na sentença de rito, pode ocorrer a rejeição da demanda (ou das demandas), ou então, em havendo decisão sobre questão prejudicial, põe-se fim ao processo (por exemplo, quando reconhece vício de jurisdição).¹⁵⁷

Consoante Rosenberg, “A sentença final que conclui o procedimento em primeira instância (e que, em caso de improcedência ou de não interposição de recurso, finda-o em geral), expressa a rejeição da demanda ou a outorga da tutela jurídica postulada pelo autor; quer dizer, a condenação (a uma prestação ou a suportar uma execução forçada), a declaração ou a constituição de direito, a despeito da existência de sentenças finais com outro conteúdo”.¹⁵⁸

¹⁵⁶ Lancellotti, Franco. Vocábulo *sentenza civile*. Novissimo Digesto Italiano. 3ª ed. Vione Tipografico - Editrice Torinese: Torino, 1969, v. XVI, p. 1110.

¹⁵⁷ Fazzalari, Elio. Vocábulo *sentenza civile*. Enciclopedia del Diritto. Giuffrè: Milao, v. XLI, p. 1245.

¹⁵⁸ Rosenberg, Leo. Tratado de Derecho Procesal Civil. Tradução de Angela Romera Vera. Ediciones Juridicas Europa-America. Buenos Aires, 1955, tomo II, p. 324.

Goldschmidt divide as sentenças em definitivas e incidentais, sendo que as primeiras “finalizam o processo, total ou parcialmente, em uma instância; no segundo caso – solução parcial do processo - levam o nome de sentenças parciais, que são as definitivas (improcedentes em casos de casamento) que recaem sobre parte quantitativa do pedido da demanda, concretamente determinada e suscetível de ser julgada separadamente; ou sobre uma das ações exercitada em uma demanda com diversos pedidos (não cumulados eventualmente) ou sobre a demanda ou a reconvenção, separadamente (ZPO, § 301). Ao contrário, não tem esse caráter, sendo simplesmente definitiva, a sentença proferida no caso de um dos processos apensados por ordem judicial (ZPO, § 147) estar em condições de ser julgado antes dos demais (ZPO, § 300, II). Já as sentenças incidentais são aquelas que resolvem uma questão acessória (ZPO, § 303), quer dizer, uma questão de cuja resolução depende a continuação do procedimento (ZPO, § 366, I; §§ 347, II e 461, I).¹⁵⁹

2.2. Requisitos da sentença.

O art. 458 do CPC enumera os requisitos da sentença, que tem por *essenciais*. São eles (inc. I) o relatório, *que conterà os nomes das partes, a suma do pedido e da resposta do réu, bem como o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo*, (inc. II) *os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito* e (inc. III) *o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões, que as partes lhe*

¹⁵⁹ Goldschmidt, James. Derecho Procesal Civil. Tradução de Leonardo Prieto Castro. 2ª ed. Editora Labor: Barcelona, 1936, p. 302/303.

submeterem. Além disso, nos termos do art. 164 do CPC, a sentença deve ser datada e assinada pelo juiz.

O relatório permite verificar se o juiz conhece ou não o processo. Por isso, ele deve consignar, além das alegações das partes, todas as ocorrências relevantes ocorridas no decorrer da tramitação processual. Note-se que quando o inc. I do art. 458 refere-se ao pedido e resposta, ele não quer limitar-se aos requerimentos de procedência e improcedência, mas sim aos fatos e fundamentos jurídicos da vestibular e da peça defensiva. Além disso, arguidas pelo réu preliminares, assim como fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, deverá referir o relatório a manifestação do autor a respeito, nos termos do art. 326 do CPC.

Importante lembrar que no relatório o juiz não pode fazer juízos de valor acerca das declarações das partes, muito menos sobre os atos processuais e as provas produzidas. Assim, por exemplo, descabe ao juiz registrar que o réu foi citado validamente, que contestou no prazo legal, pois isso implicará sua vinculação se, por exemplo, houver preliminar de nulidade da citação ou se o autor alegar intempestiva a contestação. O mesmo ocorre com a prova, pelo que o juiz não poderá dizer no relatório que o laudo pericial é favorável a uma das partes.

Oportuno referir, ainda, que o relatório é dispensado nos procedimentos de competência do Juizado Especial Cível, por disposição expressa do art. 38, *caput*, parte final, da Lei nº 9.099/95, que se aplica também nos Juizados Especiais Cíveis da Justiça Federal, por força do art. 1º da Lei nº 10.259/01 e aos Juizados Especiais da Fazenda

Pública, instituídos pela Lei nº 12.153/2009. Porém, na jurisdição comum, a omissão do relatório leva à nulidade da sentença, inviável a aplicação do dispositivo da lei especial, por analogia.¹⁶⁰

Relativamente à motivação, conforme o art. 93, IX, da Constituição Federal, todas as decisões judiciais devem ser motivadas, sob pena de nulidade. Além disso, o CPC dispõe, em seu art. 165, que as sentenças e acórdãos serão proferidos com respeito ao art. 458, onde há referência expressa à fundamentação da decisão (inc. II).

Dinamarco refere tratar-se de requisito relacionado com o pressuposto político de necessidade de controle das atividades do juiz. Considerando que o juiz tem ampla liberdade para decidir, com base no princípio do livre convencimento (CPC, art. 131), dando aos elementos probatórios valor consoante sua inteligência e sensibilidade, estando, ademais, desvinculado de pressões e influências de outrem, inclusive dos órgãos superiores do Poder Judiciário, exige-se a motivação das decisões, destinada a

¹⁶⁰ “Apelação cível. Ação revisional. Contrato de cartão de crédito. Nulidade. Ausência de relatório. Sentença citra petita. Trata-se o relatório de requisito essencial da sentença, nos termos do art. 458, I, do CPC. Sua ausência, portanto, impõe a desconstituição do decisum. Inadmissível a aplicação, por analogia, do art. 38 da lei 9.099/95. Primeiro, por que não foi este o procedimento escolhido pela parte e adotado pelo juízo. Segundo, porque tal meio de integração das normas só é aplicável em caso de lacuna da lei, hipótese não caracterizada nos autos. A ausência de manifestação do juízo sobre alguns dos pedidos formulados na petição inicial caracteriza a sentença como citra petita e acarreta a sua desconstituição, uma vez que não pode o Tribunal conhecer a matéria devolvida, sob pena de suprimir-se um grau de jurisdição. Sentença desconstituída”. (APELAÇÃO CÍVEL Nº 70002687069, DÉCIMA SEGUNDA CÂMARA CÍVEL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RS, RELATOR: MARCELO CEZAR MULLER, JULGADO EM 20/03/2003).

Arruda Alvim refere, quanto ao relatório, que sua eventual deficiência - nulidade - resta suprida se o juiz, na fundamentação, manifestou-se sobre as alegações das partes (SENTENÇA NO PROCESSO CIVIL - As diversas formas de terminação do processo em primeiro grau. Revista do Processo, São Paulo, nº 2, abr-jun/1976, p. 64).

atribuir ao ato decisório racionalismo e legitimidade, dando conta das razões que o levaram a concluir de determinada maneira.¹⁶¹

Arruda Alvim sustenta que a motivação da sentença é “o núcleo onde reside a identificação dos fatos e a análise do valor das provas e fatos”, e onde se encontra a maior dose lógica do ato decisório. E em que pese tratar-se de imperativo legal, a fundamentação atende ao fato de que justamente por seu intermédio é que a sentença “é jurisdicionalmente controlável”. Até porque o juiz não pode decidir arbitrariamente, apenas em vista de sua vontade. Ademais, permite ela que a sentença seja adequadamente controlável pela via recursal, pois tendo dela conhecimento, a parte pode sustentar que ela não se aplica ao caso concreto; ao contrário, desconhecida a fundamentação, torna-se inviável atacar o decisório.¹⁶²

Alfredo Rocco diz que a motivação é requisito essencial da sentença porque se trata do desenvolvimento de um juízo lógico, sendo essa essencialmente um ato de inteligência do juiz¹⁶³, do que, todavia, discorda Michelle Taruffo.¹⁶⁴

¹⁶¹ Dinamarco, Cândido. Instituições de Direito Processual Civil. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003, v. I, p. 241.

¹⁶² SENTENÇA NO PROCESSO CIVIL - As diversas formas de terminação do processo em primeiro grau. Revista do Processo, São Paulo, nº 2, abr-jun/1976, p. 26.

¹⁶³ La Sentenza Civile. 1º ed. (reimpressão). Milao: Dott. A. Giuffrè, 1962, p. 58.

¹⁶⁴ Taruffo sustenta o equívoco da teoria do silogismo judicial, com base na negação da natureza lógico-racional da atividade do juiz, porque tal modelo não exprime a inteireza da atividade criativa daquele, em vista de que representa tão-somente a sua estrutura lógica, além de não levar em conta o elemento da vontade do juiz, mas somente o aspecto cognoscitivo. Também refuta as outras teorias sobre o assunto: a do raciocínio jurídico, especialmente porque essa não se apresenta como um modelo de juízo, mas sim como a indicação de um procedimento de escolha das premissas e dos critérios naquele empregados; e a da argumentação jurídica, primeiro, porque ela identifica-se muito com a teoria do raciocínio jurídico; segundo, porque tal teoria, definindo raciocínio como argumentação, pressupõe uma homogeneidade

Michele Taruffo define a motivação da sentença como requisito extraprocessual estrutural necessário ao provimento jurisdicional, decorrente do art. 111, 1º, da Constituição Italiana, conforme o qual só existe como tal a decisão que é racional e controlável. Trata-se de um dado que se relaciona coerentemente com a natureza da função jurisdicional no Estado Democrático, porquanto esse pressupõe a possibilidade de controle sobre o exercício do poder conferido ao juiz. E da falta de motivação decorre que a sentença não integra o “conteúdo mínimo” indispensável para que se reconheça o exercício legítimo do poder jurisdicional.¹⁶⁵

Taruffo também identifica na motivação, do mesmo modo, um requisito endoprocessual que, segundo a jurisprudência da Corte de Cassação italiana, é o “*iter* lógico mediante o qual o juiz é levado a formular a decisão, tendendo, pois a descrever o procedimento mental do julgador, sendo considerada validamente motivada a sentença quando resultar de um procedimento lógico-jurídico correto, e adequadamente descrito”. Já conforme a doutrina dominante, a motivação seria um discurso justificativo (ainda que eventualmente não corresponda às reais razões pelas quais o juiz decide de certa forma) elaborado pelo juiz depois (*ex post*) de tomar sua decisão. Portanto, “a motivação não tenderia a descrever a formação da decisão, mas a justificá-la mediante argumentação jurídica e racionalmente válida”.¹⁶⁶

interna que na verdade inexistente. (La Motivazione della Sentenza Civile. Padua: CEDAM, 1975, p. 151/152, 172 e 197/198).

¹⁶⁵ Taruffo, Michele. La Motivazione della Sentenza Civile, cit., p. 458 e 464.

¹⁶⁶ La Fisionomia della sentenza in Italia. In: La Sentenza in Europa - Metodo, Tecnica e Stile. Pádua: CEDAM. 1988, p. 184.

A motivação visa a reafirmar a responsabilidade do juiz, além de garantir um maior controle acerca da legalidade do pronunciamento judicial em sede recursal, devendo ser *suficiente*, no sentido de que deve conter razões objetivamente idôneas a justificar a decisão; *lógica*, quer dizer, coerente nas diversas observações sobre as quais se funda e também em relação ao dispositivo, e *ordenada*, porquanto a lei dispõe que na motivação devem ser expostas adequada e ordenadamente as questões discutidas e decididas e indicar as normas legais e princípios de direito aplicáveis ao caso concreto.

Na sentença, o juiz deve apreciar todos os pedidos das partes, assim como eventuais questões preliminares tidas como prejudiciais ao exame do mérito. Isso não significa, todavia, que deva examinar todas as alegações das partes, pois a necessidade de ser completa a fundamentação da sentença não implica que o juiz deva apreciar minudentemente tudo o que disseram as partes, até mesmo aquelas sem nenhuma ou com pouca relevância. Importa é que o juiz decline as razões pelas quais chegou às suas conclusões.¹⁶⁷

¹⁶⁷ Aliás, é isso que tem dito a jurisprudência. Vejamos: Embargos de declaração. Reexame da matéria. Impossibilidade. Juiz convocado. Leis estadual e federal. Nulidade inexistente. *A obrigação do julgador de analisar os fatos e fundamentar a decisão, não examinar uma a uma as alegações invocadas pela parte.* Reexame da matéria não pode ser alvo de embargos declaratórios, mormente quando inexistentes os requisitos do artigo 535 do CPC. Prequestionamento para fins de recurso especial inadmissível em sede de embargos de declaração, de vez que matéria já abordada no acórdão e ausência de imperatividade de a decisão apontar todos os fundamentos legais incidentes na espécie. E possível o enfrentamento do tema referente a juiz convocado, diante da legislação estadual e federal invocada. Ha. Previsão legal para a convocação, tanto na loman quanto no regimento interno desta corte e constituição estadual. Embargos acolhidos em parte. (EMBARGOS DE DECLARAÇÃO Nº 70006589642, SEGUNDA CÂMARA ESPECIAL CÍVEL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RS, RELATOR: ÍCARO CARVALHO DE BEM OSÓRIO, JULGADO EM 01/08/2003). No mesmo sentido, Embargos de declaração nº 70006436620, Nona Câmara Cível do Tribunal de Justiça/RS, relator o Des. Adão Sergio do Nascimento Cassiano, julgados em 18/06/2003.

Essa também é a praxe na Itália, conforme refere Michele Taruffo, não precisando a decisão, do mesmo modo, valorar todas as provas trazidas aos autos, com o que discorda o doutrinador, na medida em que “essa orientação constitui forte aval à praxe pela qual a motivação não contém tampouco a indicação das provas produzidas, nem a menção ao seu conteúdo e ao seu resultado”. Entretanto, em alguns casos, a Corte de Cassação italiana tem considerado viciada a motivação quando não aprecie prova que, se

A conclusão da sentença é o dispositivo (458, III), *em que o juiz resolverá as questões, que as partes lhe submeterem.*¹⁶⁸ É no dispositivo¹⁶⁹ que o juiz “afirma se acolhe ou não o pedido do autor e, em caso de procedência, o que deve ser feito para que o direito material seja efetivamente realizado. Assim, por exemplo, o juiz pode, na parte dispositiva da sentença, ao acolher o pedido formulado, condenar o réu a pagar certa soma em dinheiro ou ordenar o réu a fazer ou a não fazer, ou mesmo a entregar determinada coisa. Como a parte dispositiva é aquela que dá resposta ao pedido do autor, ela também é chamada de conclusão da sentença.”¹⁷⁰

Trata o dispositivo, conforme Dinamarco, do “*preceito concreto e imperativo ditado pelo juiz em relação à causa.* Ele consiste na resposta do Estado-juiz à demanda do autor, seja para negar o direito deste ao provimento de mérito (sentenças terminativas), seja para conceder-lhe o provimento conforme o pedido (procedência da demanda),

examinada, levaria a decisão diversa (La Fisionomia della sentenza in Italia. In: La Sentenza in Europa - Metodo, Tecnica e Stile. Padua: CEDAM. 1988, p. 201/202).

¹⁶⁸ Em verdade, como diz Dinamarco, há equívoco do legislador na redação do inc. III do art. 458, vez que não é no dispositivo que o juiz decide as questões trazidas pelas partes. Essa decisão já foi feita na motivação, onde o juiz, fundamentadamente, escolhe a decisão da causa, cujo retrato resumido ele estampa no dispositivo, onde há lugar apenas para as conclusões do juiz (Instituições de Direito Processual Civil. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004, v. III, p. 666).

¹⁶⁹ Moacir Amaral Santos diz que o dispositivo pode ser direto ou indireto. No primeiro, o juiz “decide diretamente, exprimindo, com suas palavras, a decisão, *v.g.*: condeno o réu a pagar ao autor a quantia pedida; condeno o réu a indenizar o autor na importância a ser apurada em liquidação”. No segundo, o juiz “se limita a referir-se ao pedido, declarando-o procedente ou improcedente, *v.g.*: julgo procedente a ação na forma do pedido” (Comentários ao Código de Processo Civil. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 408).

¹⁷⁰ Marinoni, Luiz Guilherme e Arenhart, Sergio Cruz, Manual do Processo de Conhecimento. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005 p. 403.

seja, ainda, para impor-lhe um provimento de conteúdo adverso (improcedência), ou para acolher em parte o pedido, rejeitando-o no mais (procedência parcial)”.¹⁷¹

A importância do dispositivo reside no fato de que é ele que estará revestido de coisa julgada material. Aliás, está dito no art. 469 do CPC que a parte da sentença onde o juiz motiva sua decisão, inclusive a verdade dos fatos, posta como premissa para a conclusão, não fazem coisa julgada. Destarte, somente aquilo que o juiz escreve no dispositivo é que está alcançado pela coisa julgada material, sendo, portanto, imutável. Essa, aliás, a lição de Arruda Alvim, ao sustentar que o dispositivo é a fração da sentença que “deve ser imprescindivelmente clara”, pois é aquela que “realmente produz efeitos e virá, ao cabo do processo, depois do esgotamento dos recursos, a ser coberta pela autoridade da coisa julgada”.¹⁷²

Logicamente, o dispositivo deve ser claro e certo, a fim de que a sentença, uma vez transitada em julgado, possa ser cumprida inteiramente, e que não restem questões a ser discutidas por ocasião de seu cumprimento. Omissões do dispositivo devem ser objeto de embargos de declaração ou, se for o caso, recurso de apelação.¹⁷³

¹⁷¹ Instituições de Direito Processual Civil. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004, v. III, p. 664/665. Dinamarco divide a sentença em capítulos, *partes entrelaçadas mas distintas entre si*. Assim, por exemplo, a sentença pode ter um capítulo em que se decidam as preliminares e outro o mérito. Já o capítulo relativo ao mérito pode decompor-se em tantos capítulos quantos forem os pedidos formulados, havendo, por fim, um capítulo que trata da sucumbência (obra citada, p. 666/672). Para um aprofundamento do assunto, ver, do mesmo jurista, Capítulos da Sentença. São Paulo: Malheiros, 2002.

¹⁷² SENTENÇA NO PROCESSO CIVIL - As diversas formas de terminação do processo em primeiro grau. Revista do (Processo, São Paulo, nº 2, abr-jun/1976, p. 66).

¹⁷³ É muito comum no foro, infelizmente, na hipótese de a sentença condenar o réu ao pagamento de quantia, omitir-se o juiz quanto ao índice de correção monetária e à taxa de juros moratórios, assim como quanto ao marco inicial de cada um deles, questões que, assim, dão azo à impugnação na fase de

Na Itália, o art. 132 do CPC enumera os requisitos extrínsecos e intrínsecos da sentença, constando no *caput* do artigo que ela é proferida “Em nome do povo italiano”, e, no topo da página, a expressão “Repubblica Italiana”. Deve conter a indicação do juiz que a profere, o nome das partes e seus procuradores, as alegações das partes e o parecer do Ministério Público, a concisa exposição dos fatos relevantes ocorridos (relatório), seguidos da fundamentação em que o juiz declina os motivos de fato e de direito de sua decisão, finalizando com o dispositivo, a data da sentença e a assinatura do juiz (em se tratando de sentença proferida por colegiado, deve ser subscrita pelo seu Presidente e o juiz que a redigiu).

O art. 118 das Disposições de Atualização do CPC italiano (Decreto nº 1368, de 18.12.1941) ¹⁷⁴ aponta, ainda, quanto à motivação, que ela deve conter a exposição dos fatos relevantes da causa e das razões jurídicas da decisão. Além disso, o juiz (ou o colégio, se sua a decisão) deve expor de forma concisa e ordenadamente as questões discutidas e decididas, indicando as normas legais e os princípios de direito aplicáveis ao caso concreto, ¹⁷⁵ o mesmo ocorrendo quando a sentença for proferida por razões de equidade, nas hipóteses em que tal seja permitido. ¹⁷⁶

cumprimento da sentença (antes da lei nº 11.232/05, o devedor opunha embargos à execução da sentença), e que retardam a satisfação do direito do credor.

¹⁷⁴ A última parte do art. 118 e o art. 119 das disposições de atualização referidas tratam de requisitos formais da sentença. Aquela dispõe que o redator da decisão colegiada será escolhido pelo Presidente entre os componentes do órgão que acompanharam a maioria, em havendo divergência. Já esse refere, inicialmente, que o redator da decisão deve apresentá-la ao Presidente do Tribunal ou de seu órgão fracionário. Lida a decisão aos demais membros do órgão, ela é entregue ao Escrivão, que a redigirá e, depois, a submeterá ao Presidente e ao relator, para conferência e assinatura. Ao juiz que redigiu a fundamentação da decisão é atribuída a função de redator. Por fim, em sendo a decisão tomada por equidade, tal deve dela constar.

¹⁷⁵ Curiosamente, o citado dispositivo, em sua terceira parte, veda expressamente a citação de autores jurídicos na sentença, prática comum no direito brasileiro.

Na França, o *Code de Procedure Civile* dispõe, em seus arts. 454/456, sobre os requisitos das decisões judiciais.¹⁷⁷ Assim, nos termos do art. 454, o julgamento será feito “em nome do povo francês”, indicando a jurisdição à qual pertence o colegiado que o proferiu; o nome dos juízes que participaram da decisão; a data em que proferida; o nome do representante do Ministério Público, se ele assistiu aos debates; o nome do Escrivão; o nome ou razão social das partes e seu domicílio ou sede social, assim como dos respectivos advogados e aqueles que porventura representaram ou assistiram qualquer das partes e, em se tratando de jurisdição voluntária, o nome das pessoas que devem ser notificadas da sentença.

Já o art. 455 refere que a decisão deve expor sucintamente as pretensões das partes e respectivos fundamentos, podendo consistir em um visto nas conclusões das partes com a indicação de sua data. Além disso, o julgamento deve ser motivado e a decisão final anunciada sob a forma de um dispositivo. Pelo art. 456, a decisão deve ser assinada pelo Juiz-Presidente do colegiado e respectivo secretário. Impedido aquele, da decisão constará o momento em que for subscrita por um dos juízes que participaram da deliberação.¹⁷⁸

¹⁷⁶ O art. 114 do CPC italiano dispõe que, em se tratando de direitos disponíveis, e assim requerendo as partes, a decisão da causa deve ser feita por equidade, tanto em primeiro, como em segundo grau de jurisdição.

¹⁷⁷ Os julgamentos, conforme os arts. 447/449 do Código, são proferidos por colegiados, em sessão secreta.

¹⁷⁸ Nos termos do art. 458 do CPC francês, primeira parte, o descumprimento das disposições do art. 454, relativamente ao nome dos juízes, assim como à primeira parte do art. 455 e 456, implica a nulidade da decisão.

Em Portugal, o art. 659 do CPC dispõe que a sentença, a ser proferida pelo juiz em 30 dias após a conclusão dos autos (art. 658), deve inicialmente “identificar as partes e o objecto do litígio, fixando as questões que ao tribunal cumpre solucionar”, o que caracteriza o relatório (número 1); conforme o número 2 do mesmo artigo, “Seguem-se os fundamentos, devendo o juiz discriminar os factos que considera provados e indicar, interpretar e aplicar as normas jurídicas correspondentes, concluindo pela decisão final”, requisitos que caracterizam a fundamentação e o dispositivo.

Dispõe ainda o número 3 do art. 659 que “Na fundamentação da sentença, o juiz tomará em consideração os factos admitidos por acordo, provados por documentos ou por confissão reduzida a escrito e os que o tribunal colectivo deu como provados, fazendo o exame crítico das provas de que lhe cumpre conhecer”.

II PARTE

CAPÍTULO III

3. A possibilidade de fracionamento do julgamento de mérito com a prolação de sentença parcial

Para caracterizar a sentença parcial de mérito, entendemos necessário um comparativo com instituto similar do processo civil brasileiro, assim como do direito italiano. Nesse, temos a *condanna con riserva*; naquele, a antecipação da tutela.

3.1. *Condanna con riserva* - Considerações iniciais

A *condanna con riserva* é instituto secular do direito italiano, tendo origem no baixo medievo, e tem por pressuposto primordial o fato de que se ao autor é imputada a demora para a prova do fato constitutivo de seu direito, não pode a ele, mas sim ao réu, ser debitado o tempo necessário para que esse, arguindo fato impeditivo, extintivo ou modificativo do direito daquele, faça a sua demonstração em juízo. Cogita-se, na verdade, de tratar as partes de forma isonômica.

Consoante Marinoni, o processo de conhecimento é aquele em que a cognição é plena e exauriente, tendo como pressuposto o ônus do autor de demonstrar o fato constitutivo de seu direito, ao passo que ao réu incumbe provar o fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito daquele. Essa é a regra expressa do art. 333, incs. I e

II, do CPC. ¹⁷⁹ Tal distribuição resulta do princípio de que o juiz não pode eximir-se da tarefa de julgar a lide, ¹⁸⁰ ainda que frente à carência probatória. Desta forma, defrontando-se o julgador com a insuficiência probatória, uma das partes deve suportar o fato que obsta ao juiz formar um juízo perfeito sobre a lide. ¹⁸¹ Todavia, a despeito de distribuir entre as partes o ônus probatório, o legislador também não faz o mesmo com o tempo do processo, que não é partilhado com base na mesma regra do art. 333 do CPC.

Portanto, se ao autor cabe provar o fato constitutivo do seu direito, suportando o tempo que para tanto seja necessário, o mesmo deveria ocorrer com o réu, relativamente ao lapso necessário para demonstrar as suas alegações. ¹⁸² Entretanto, não é isso que ocorre, haja vista que, mesmo reconhecendo o réu o fato constitutivo do direito do autor, mas a ele opondo fato impeditivo, modificativo ou extintivo, é esse, não aquele, quem tem de esperar até o final da instrução (que interessa apenas ao réu) pela

¹⁷⁹ Marinoni, Luiz Guilherme. Tutela Antecipatória e Julgamento Antecipado - Parte Incontroversa da Demanda. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 31/32.

¹⁸⁰ Como fazia, ao contrário, o Pretor romano, ante o *non liquet*.

¹⁸¹ Patti, Salvatore, Prove - Disposizioni generali. In: Commentario del Codice Civile (a cura di A. Scialoja e G. Branca), Bologna Roma, Zanichelli-Foro Italiano, 1987, p. 24/25, *apud* Marinoni, Luiz Guilherme. Tutela Antecipatória e Julgamento Antecipado - Parte Incontroversa da Demanda, cit., p. 32.

¹⁸² Galeno Lacerda refere, escudado em lição de Gandolfi, que a *cognitio* do interdito romano poderia impor várias audiências perante o Pretor, além de admitir, também, a possibilidade de o demandado formular exceções, podendo a decisão final ser de três maneiras distintas: o pretor acolhia a exceção e repelia o pedido; rejeitava a exceção e concedia o pedido; na última, se a exceção tivesse fundamento, mas demandasse instrução, por complexa, impedindo a pronta solução do litígio, o Pretor expedia um interdito condicionado à exceção, que seria posteriormente instruída e decidida, em outra *actio* (Mandados e Sentenças Liminares. Revista Forense. Rio de Janeiro, vol. 236, ano 67, out. dez. 1971, p. 14/15).

prestação jurisdicional buscada. Ainda mais porque, no mais das vezes, a defesa do réu, valendo-se de exceção substancial, tem propósito meramente protelatório.¹⁸³

Essa é a base do instituto da *condenação com reserva*, que, segundo Chiovenda, afasta o princípio de que o juiz deve apreciar conjuntamente a ação e todas as exceções do réu antes de proferir qualquer decisão, permitindo que seja primeiro proferida decisão definitiva sobre a ação e uma ou mais exceções do réu, com a condenação desse, a quem cabe o direito de provar a exceção ou exceções reservadas no prosseguimento do processo e, se for o caso, repetir o pagamento (*solve et repete*).¹⁸⁴

3.2. Estrutura da *condanna con riserva*.

A condenação com reserva decorre de longa evolução desde os tempos do baixo medievo, cujos elementos estruturais giram em torno de: 1) prova plena dos fatos constitutivos; 2) exceção não fundada em prova escrita (ou de pronta solução) e 3) poder – em sentido amplo – de deliberação sumária do juiz, elementos esses que não só são encontrados nas várias hipóteses de condenação com reserva do direito italiano, mas em qualquer instituto que deve levar em conta (a) o direito do credor de obter a satisfação de seu crédito no menor tempo possível, (b) o direito inviolável de defesa do réu e (c) a exigência do sistema processual de, geralmente, condicionar a execução ao

¹⁸³ Marinoni, Luiz Guilherme. Tutela Antecipatória e Julgamento Antecipado - Parte Incontroversa da Demanda. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 33/34.

¹⁸⁴ Giuseppe Chiovenda. Instituições de Direito Processual Civil. Tradução da 2ª ed. italiana por J. Guimarães Menegale. São Paulo: Editora Saraiva, 1969, v. I, p. 240. Como se verá adiante, a condenação com reserva não é restrita às obrigações de pagamento em dinheiro, mas a outros institutos jurídicos.

reconhecimento pleno do direito buscado em juízo. ¹⁸⁵ Vejamos um pouco mais detalhadamente tais elementos.

3.2.1. Prova plena do fato constitutivo.

A prova plena do fato constitutivo é elemento imprescindível para dar ensejo à condenação com reserva.

Em alguns casos, consiste em um título executivo, ocasião em que a prova do fato constitutivo assume caráter de relativa certeza, em decorrência da força probante dos atos ou documentos aos quais a legislação reconhece eficácia de título executivo. Em outras hipóteses, o fato constitutivo é demonstrado mediante documento sem força executiva. Noutras, tem-se como provado o fato constitutivo, mesmo ausente documento escrito, na hipótese de ser ele admitido ou não contestado pelo réu, situação que se define como *título não controverso*. ¹⁸⁶ Por fim, tem-se o título *facilmente demonstrável*, expressão na qual se compreende o título ou fato constitutivo que possa ser comprovado por documento ou outro meio de prova que não careça de alta

¹⁸⁵ Scarselli, Giuliano. La Condanna con Riserva. Milano: Dott A. Giuffrè, 1989, p. 401.

Na lição de Francesco Luiso, o instituto tem como elementos essenciais os seguintes: em estando provado documentalmente o fato constitutivo do direito do autor, o processo biparte-se, proferindo o juiz uma sentença de acolhimento da demanda com base no fato constitutivo provado. O processo então prossegue para a prova da exceção do réu, que decide de modo definitivo o direito controvertido e tira a eficácia da primeira sentença, em sendo provada a exceção (Diritto Processuale Civile - I Processi Speciali. 3ª ed. Milano: Giuffrè, 2000, v. IV, p. 120).

¹⁸⁶ A última hipótese constitui-se em resíduo do brocardo *confessus pro iudicato habetur*, que, vigente no direito comum, fazia seguir à confissão do réu no processo ordinário de conhecimento - que prescindia da existência da prova documental do crédito - o *preceptum* executivo (Scarselli, Giuliano. La Condanna con Riserva. Milano: Dott A. Giuffrè, 1989, p. 401/405).

indagação na fase instrutória e mostra-se, portanto, amparado em uma avaliação *prima-facie*.¹⁸⁷

Relativamente à prova documental, considerando que desde o baixo medievo a condenação com reserva funda-se em prova plena dos fatos constitutivos, o documento deve demonstrar de modo pleno a subsistência daqueles. Para tal desiderato, servem os documentos previstos nos arts. 2699 a 2720 do Código Civil italiano, cuja eficácia está regulada pelo ordenamento jurídico italiano.¹⁸⁸ Se o documento não tem eficácia de prova plena, quando muito ele servirá para embasar procedimento monitório (*ingiunzione*), nos termos dos arts. 634 a 636 do CPC italiano. Tem-se, portanto, que o documento só consistirá em prova documental plena quando ele representar diretamente os fatos constitutivos deduzidos em juízo, permitindo ao juiz dispensar o autor do ônus probatório do art. 2697 do Código Civil (redação idêntica ao art. 333 do CPC brasileiro) mediante a simples apresentação do documento em juízo. Todavia, arguida a falsidade do documento pelo réu, ele perde sua eficácia probatória e, assim, não se tem provado o fato constitutivo que nele se amparava.¹⁸⁹ Ressalte-se que o ordenamento jurídico italiano não prevê qualquer sanção para o réu que argui

¹⁸⁷ Scarselli, Giuliano. *La Condanna con Riserva*. Milano: Dott A. Giuffrè, 1989, p. 406.

¹⁸⁸ Os arts. 2699 a 2701 tratam dos documentos públicos; os arts. 2702 a 2704, dos escritos particulares; os arts. 2705 e 2706, do telegrama; o art. 2707, das cartas e registros domésticos; o art. 2708, das anotações feitas pelo credor em documentos em seu poder ou em poder do devedor; os arts. 2709 a 2711, dos registros contábeis; o art. 2712, das reproduções mecânicas; o art. 2713, parte de um documento; os arts. 2714 a 2717, das certidões de atos públicos e particulares depositadas em repartições públicas; o art. 2718, das cópias parciais; o art. 2719, das reproduções mecânicas efetuadas por notários; e o art. 2720, da eficácia probatória dos atos de reconhecimento de que tratam os arts. 969, 1870 e 1988 do mesmo código.

¹⁸⁹ Observa-se que o direito processual italiano não faz a distinção existente no CPC brasileiro, relativamente ao ônus probatório, quando arguida a falsidade de documento ou de assinatura, conforme o art. 389 do *códex* pátrio.

maliciosamente a falsidade de um documento juntado pelo autor, visando apenas a prolongar a solução da causa.¹⁹⁰

No tocante ao fato constitutivo não controvertido, distingue-se a não contestação da admissão, embora seus efeitos sejam idênticos, pois em ambas as hipóteses há a dispensa da prova do fato alegado pelo autor. Naquela, o réu limita-se a não contestar o fato afirmado pelo autor, mantendo-se em situação de passividade (fato implícito); nessa, o réu admite ou confirma como verdadeiro o fato afirmado pelo autor (fato explícito e manifesto). Nota-se ainda distinção entre a admissão ou confirmação do fato e a confissão, porque aquela decorre quase sempre da conduta do advogado da parte (salvo a admissão em interrogatório da parte),¹⁹¹ ao passo que essa resulta de conduta da própria parte, seja de forma espontânea, em qualquer ato do processo, seja no depoimento pessoal (requerido pela parte contrária). Além disso, enquanto a confissão constitui *prova plena* contra a parte que confessa, a admissão ou não contestação torna o fato não controverso (em ambos os casos, de qualquer sorte, o autor não precisa provar o fato alegado).¹⁹²

O § 138 da ZPO dispõe sobre norma importante para a análise dessa questão, e cuja primeira parte impõe às partes alegar em juízo todos os fatos, principais e secundários, importantes para a solução da causa e conforme a verdade, do que resulta

¹⁹⁰ Scarselli, Giuliano. *La Condanna con Riserva*. Milano: Dott A. Giuffrè, 1989, p. 407/414.

¹⁹¹ O CPC italiano chama o depoimento pessoal de *interrogatório formal* (art. 230); já o interrogatório previsto no art. 342 do CPC brasileiro é chamado de *interrogatório não formal*, previsto no art. 117 do CPC italiano.

¹⁹² Scarselli, Giuliano. *La Condanna con Riserva*. Milano: Dott A. Giuffrè, 1989, p. 415/418.

que as partes não podem ocultar ou minimizar os fatos que lhe são desfavoráveis e, por outro lado, alegar apenas aqueles que lhe são favoráveis. Veda o legislador alemão, ainda, as declarações falsas e a alteração dolosa dos fatos, impondo portanto às partes um comportamento judicial de absoluta e rígida probidade.¹⁹³ Assim, tem-se que a disposição legal em questão pode ser violada mediante uma conduta comissiva ou omissiva: no primeiro caso, quando a parte afirma um fato que não corresponde à verdade; no segundo, quando omite um ou mais fatos relevantes para a decisão da causa.¹⁹⁴

A última parte do § 138 da ZPO – “disposição incensurável do ponto de vista lógico” – estatui que uma parte pode afirmar não saber se um fato alegado pelo adversário é verdadeiro ou falso apenas na hipótese de não tê-lo afirmado ou então não seja objeto de sua própria percepção. Assim, a parte poderia afirmar não saber que o objeto comprado já havia sido vendido a um terceiro, mas não que não tem ciência de ter afirmado que o produto não tinha vícios, ou que um terceiro assumiu, na presença do vendedor, o débito do comprador.¹⁹⁵

¹⁹³ Disposição similar temos no direito processual civil italiano, prevendo o art. 88 do CPC que “As partes e seus advogados têm o dever de comportar-se em juízo com lealdade e probidade”, mas que não obriga a parte a afirmar os fatos segundo a verdade ou a produzir os documentos que possam confirmar a pretensão da parte adversa. Se esse dever não é observado, pode a parte ser condenada nos termos do art. 96 do mesmo *códex*.

No mesmo sentido os arts. 14 e 17 do CPC brasileiro, dispondo aquele, em seus três primeiros incisos: I) expor os fatos em juízo conforme a verdade; II) proceder com lealdade e boa-fé; III) não formular pretensões, nem alegar defesa, cientes de que são destituídas de fundamento; já esse estatui, em seu inc. II, que a parte será considerada litigante de má-fé se *alterar a verdade dos fatos*.

¹⁹⁴ Scarselli, Giuliano. *La Condanna con Riserva*. Milano: Dott A. Giuffrè, 1989, p. 419/421.

¹⁹⁵ Scarselli, Giuliano. *La Condanna con Riserva*. Milano: Dott A. Giuffrè, 1989, p. 423.

A segunda parte do § 138 da ZPO trata do comportamento da parte em relação às afirmações do adversário, impondo que aquela se manifeste sobre os fatos afirmados por esse. A atitude da parte poderá variar entre a explícita admissão das alegações da outra e a sua explícita contestação, do que resulta, na primeira hipótese, que os fatos são tidos como admitidos e, portanto, não precisam ser provados; na segunda, os fatos tornam-se controvertidos e uma das partes, conforme o ônus probatório, deve prová-los.

196

Tal disposição é similar ao *caput* do art. 302 do CPC brasileiro, que impõe ao réu o dever de manifestar-se precisamente sobre os fatos narrados na inicial, presumindo-se verdadeiros os não impugnados, ressalvadas as hipóteses dos incs. I a III do mesmo artigo. Segundo Calmon de Passos, a primeira conclusão que exsurge de citado dispositivo é a vedação à negação geral, assim como aquela em que o réu restringe-se a dizer não serem verdadeiros os fatos alegados pelo autor. Assim, deve o réu não apenas afirmar que os fatos alegados pelo autor não são verdadeiros, mas declinar a sua versão sobre os fatos. Com isso, tem o juiz “arma mais poderosa contra a chicana e o desnecessário e desmoralizante retardamento dos processos”.¹⁹⁷

¹⁹⁶ Scarselli, Giuliano. *La Condanna con Riserva*. Milano: Dott A. Giuffrè, 1989, p. 422.

¹⁹⁷ Calmon de Passos, J. J. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 311/312. Refere ainda o jurista que o ônus de impugnação específica, referido no art. 302, *caput*, do CPC, não se aplica apenas ao réu, mas também ao autor, quando intimado a falar sobre os fatos extintivos, modificativos ou impeditivos alegados na contestação, que se impõe pelo princípio da paridade de armas entre as partes, garantia que seria violada se do silêncio do autor, frente a fato alegado pelo réu, fosse retirada consequência diferente daquela decorrente do silêncio desse em relação ao que afirmado por aquele (p. 311/312).

Já a terceira parte do § 138 da ZPO, dispõe que, quanto aos fatos não contestados, serão tidos como verdadeiros, salvo se a intenção de impugná-los resultar de outras afirmações da parte. Assim, para que um fato seja tido como não contestado, é necessário que se some ao comportamento passivo da parte sobre determinado ponto a ausência de outras assertivas das quais possa decorrer, ainda que implicitamente, a intenção de contestar tal alegação. Como exemplo, podemos referir o caso em que o autor afirma que o réu estava em Mônaco em certo dia, o que não é negado por esse, afirmando, todavia, que se situava, no mesmo dia, em Hamburgo. Nesse caso, não há falar em incidência do referido dispositivo do CPC alemão.¹⁹⁸

Cogita-se de dispositivo que guarda identidade com o inc. III do art. 302 do CPC, que estatui não incidir o *caput* do artigo na hipótese de *contradição com a defesa, considerada em seu conjunto*. Cuida-se aqui de examinar a defesa do réu em seu conjunto, o que tanto pode ocorrer na defesa *direta* como na *indireta*. Naquela, o réu pode refutar a verdade dos fatos ou suas consequências jurídicas. No primeiro caso, possível acontecer que dado fato integrante do fato jurídico ou algum fato simples tenha sido claramente refutado, quedando silente o réu quanto a outros, caso em que esses últimos só serão tidos como verdadeiros quando isso não for incompatível com a impugnação oposta aos demais. No segundo, só haverá a incidência do *caput* do 302 se, a despeito de negadas as consequências jurídicas, mas não impugnados algum ou todos os fatos do autor, houve compatibilidade com consequências jurídicas afirmadas pelo réu, frente às postuladas por aquele. A situação pode, também, apresentar-se na

¹⁹⁸ Scarselli, Giuliano. *La Condanna con Riserva*. Milano: Dott A. Giuffrè, 1989, p. 423.

defesa *indireta*, quando o réu acene com fatos simples que se mostram conflitantes com a presunção de veracidade daqueles com as quais acenou o autor.¹⁹⁹

Na Itália, ainda que o CPC não contenha disposição similar à segunda e terceira partes do § 138 da ZPO, elas estão inseridas no sistema pela orientação pacífica da jurisprudência da Corte de Cassação, que vem afirmando há muito que, nos processos que versem sobre direitos disponíveis, “os fatos alegados por uma parte, quando não contestados pela outra, podem considerar-se admitidos somente se os outros argumentos adotados pela mesma sejam, segundo a valoração do juiz, incompatíveis com o desconhecimento dos próprios fatos”. Assim, tanto na hipótese de admissão expressa do fato como na não contestação em sentido estrito, a parte que o alegou fica dispensada de prová-lo. Sempre lembrando que a não contestação não se presume do simples silêncio ou passividade da parte sobre um simples fato, mas resulta da integralidade das alegações, consoante a máxima de que tudo aquilo que, além de não expressamente impugnado, não é logicamente incompatível com as alegações do adversário, deve ser entendido como não contestação.²⁰⁰

Mesmo que não haja na legislação italiana regra similar às legislações brasileira e alemã, impondo à parte um dever de verdade e de manifestação precisa e completa sobre as alegações do adversário, ressalta-se que a ocorrência da não contestação é extremamente frequente, pois na maior parte das vezes o réu opõe à pretensão do autor

¹⁹⁹ Calmon de Passos, J. J. Comentários ao Código de Processo Civil. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 316.

²⁰⁰ Scarselli, Giuliano. La Condanna con Riserva. Milano: Dott A. Giuffrè, 1989, p. 428/431.

uma exceção de mérito (fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor) incompatível logicamente com a negação do fato afirmado pelo adversário. Assim, por exemplo, na hipótese do autor reclamar o preço da coisa vendida, arguindo o réu que mesma apresentava vício, caso em que admite implicitamente a existência da compra e venda e o recebimento da coisa; ou então, pretendendo o autor o pagamento por serviços prestados, acena o réu com sua má execução, exceção que pressupõe a existência do contrato e a prestação do serviço. Por isso, sustenta Giuliano Scarselli que a legislação italiana deveria generalizar a hipótese da condenação com reserva para todas as situações em que o réu admitisse expressamente ou não contestasse o fato constitutivo do direito do autor, opondo, todavia, exceção não fundada em prova escrita ou de pronta solução – de alta indagação, portanto.²⁰¹

Com relação ao título facilmente demonstrável, expressão contida no art. 35 do CPC italiano, não se pode fazer dela interpretação literal, que poderia levar à conclusão de que o título apresentado pelo autor não precisa resultar de prova plena, pois a expressão usada pelo legislador italiano pareceria aludir àquilo que pode ser facilmente demonstrado, mas que isso ainda não tenha ocorrido, pois nesse caso estar-se-ia dando ao juiz um poder incontrolável. Quis o legislador, até em vista da tradição do instituto ao longo dos tempos, mesmo de forma equivocada, considerar *facilmente demonstrável* o título que, embasado em prova plena, tenha sido alvo de contestação pelo réu, em contrapartida ao título cuja prova plena é consequência da não contestação. Desta forma, em alguns casos a prova plena decorre da não contestação do réu; noutros, o título é contestado, mas é facilmente demonstrável porque o autor pode, mediante

²⁰¹ Scarselli, Giuliano. *La Condanna con Riserva*. Milano: Dott A. Giuffrè, 1989, p. 431/434.

documentos ou outros meios de prova, comprovar o fato constitutivo de seu direito. Não há lugar, portanto, para a condenação com reserva com base em título *facilmente accertabile*, sem que preenchido o requisito da prova plena do fato constitutivo, ainda que contestado pelo réu o fato constitutivo do direito do autor. ²⁰²

3.2.2. Exceção não fundada em prova escrita ou de pronta solução – exceção de alta indagação ²⁰³

Outro requisito da condenação com reserva, no direito italiano, é que a exceção do réu não seja fundada em prova escrita ou de pronta solução; ao revés, seja de alta indagação. Tal decorre de disposição expressa do legislador; onde essa ressalva não se faz presente, ela decorre do próprio sistema e de princípios gerais visando a evitar que a norma incida em vício de inconstitucionalidade. ²⁰⁴

Quanto à prova escrita, sua interpretação é simples, e deve seguir a mesma regra da prova do fato constitutivo do direito do autor. Portanto, constituirá prova escrita da defesa do réu qualquer documento assim reconhecido pelo legislador, ou seja, aqueles

²⁰² Scarselli, Giuliano. La Condanna con Riserva. Milano: Dott A. Giuffrè, 1989, p. 440/441.

²⁰³ A doutrina e jurisprudência italianas consideram que os termos *exceção de alta indagação* e de *pronta solução* são exatamente opostos. Nesse sentido, GARBAGNATI, I procedimenti d'ingiunzione e per convalida di sfratto, Milano, 1979, p. 93, *apud* Scarselli, Giuliano. La Condanna con Riserva. Milano: Dott A. Giuffrè, 1989, p. 448.

²⁰⁴ Scarselli, Giuliano. La Condanna con Riserva. Milano: Dott A. Giuffrè, 1989, p. 446/447. O autor refere que, na década de 1960, vários juízes italianos suscitaram a inconstitucionalidade do disposto no art. 4º, quarta parte, da Lei nº 607/66, que permitia a condenação com reserva apenas com a prova do fato constitutivo, sem que fosse considerada a defesa do réu. A Corte Constitucional italiana, em duas ocasiões, afastou a inconstitucionalidade, mas referiu que o juiz não pode deixar de fazer uma análise, ainda que sumária, da defesa do réu, desde que ela seja baseada em prova escrita ou de pronta solução (p. 445/446).

previstos nos arts. 2699/2720 do Código Civil italiano, que, apresentados em juízo, constituirão prova plena do fato impeditivo, extintivo ou modificativo do direito. Importante referir que se a exceção estiver baseada parte em documento e parte em outro meio de prova, não há falar em *prova escrita*, mas quando muito em *exceção de pronta solução*.

Quatro são as interpretações da doutrina acerca do que consiste uma exceção de pronta solução. Há quem utilize o critério tautológico, ou seja, repetindo, ainda que com outras palavras, a expressão usada pelo legislador e, assim, conceituam a exceção de pronta solução como aquela que pode ser solvida em um tempo razoável e que varia consoante as circunstâncias do caso concreto, sem afastar a princípio a utilização de algum meio de prova; possa ser provada em juízo de *modo claro e sem demora* ou que não dê causa à instrução probatória em sentido estrito. Outros, por princípio de isonomia, sustentam que se o autor provar o fato constitutivo de seu direito com documento, o mesmo ônus deve ter o réu, pelo que a exceção só será de pronta solução quando fundada em prova escrita. Uma terceira via entende que deve ser adotado o critério tipológico, ou seja, conforme o tipo de prova a ser utilizada pelo réu, admitindo-se, pois, os documentos, confissão e não contestação pelo autor, além do interrogatório e o juramento, excluída, portanto, a prova testemunhal, que pela experiência demanda mais tempo. Por fim, há quem utilize o critério temporal, advogando, pois, ser de pronta solução a exceção se puder ser demonstrada em determinado prazo, pena de preclusão.²⁰⁵

²⁰⁵ Scarselli, Giuliano. *La Condanna con Riserva*. Milano: Dott A. Giuffrè, 1989, p. 449/461.

Scarselli, entretanto, propõe solução intermediária, sustentando que a exceção será de pronta solução desde que possa ser demonstrada em uma só audiência, que se pode desdobrar em duas solenidades (uma para a prova do fato constitutivo do direito do autor, outra para a prova da exceção do réu). Nesse caso, tem-se a fixação de um termo para a solução da exceção, previsto pela lei, além de levar à limitação do arbítrio do juiz, que, portanto, não poderá postergar discricionariamente o prazo para a prova da exceção. Além disso, tal solução, “não só formalmente correta, mas também substancialmente équa”, por respeitar o direito de defesa do réu, não seria mera repetição da expressão utilizada pelo legislador e distingue os significados de *exceção fundada em prova escrita* e de *pronta solução*.²⁰⁶

Acerca dos meios de prova, além dos documentos, são admitidas, na exceção de pronta solução, as alegações que não dependem de prova, como as baseadas em fatos notórios e em máximas de experiência; a defesa que nega o fato constitutivo e, portanto, impõe ao autor o ônus probatório (como a alegação de desconhecimento do documento); e a defesa admitida ou não contestada pelo credor, que tem oportunidade para fazê-lo até a audiência de *trattazione* da causa. Temos também a defesa fundada em início de prova escrita (prova semiplena), passível de ser completada em uma audiência com outros meios de prova (presunções de fatos, quando graves, precisos e concordantes, nos termos do art. 2729 do Código Civil italiano e isso seja admitido pela lei e nos limites por ela fixados – arts. 116 e 420 do CPC italiano; interrogatório ou depoimento pessoal da parte; e, em casos raros, mesmo não havendo qualquer prova

²⁰⁶ Scarselli, Giuliano. *La Condanna con Riserva*. Milano: Dott A. Giuffrè, 1989, p. 461/465.

escrita, pode ser aplicada a segunda parte do art. 2729 do Código Civil ²⁰⁷ e, conforme a jurisprudência dominante, o próprio comportamento processual da parte; por fim, o interrogatório, depoimento pessoal e prova testemunhal. ²⁰⁸

Relevante observar, no ponto, que a legislação brasileira conceitua de forma diversa a expressão *alta indagação*, que vem referida no art. 984 do CPC, dispondo esse que o juiz decidirá todas as questões de direito e de fato, quando este se achar provado por documento, só remetendo para os meios ordinários as que demandarem ***alta indagação*** ou dependerem de outras provas. Sobre o assunto, a doutrina tem dito que o juiz deverá decidir todas as questões que surgirem no decorrer do inventário, sejam elas apenas de direito, sejam de direito ou fato, mas apenas na hipótese de demonstradas por documentos. Questão de alta indagação, ou de maior indagação, segundo Hamilton de Moraes e Barros, é aquela dependente de prova a ser colhida fora do processo de inventário, por demandar outras investigações, e que não se confunde com complicada questão de direito, onde haja divergência doutrinária ou jurisprudencial. E, logicamente, a questão cujo deslinde não prescinde de produção de prova testemunhal ou pericial não pode ser solvida no processo de inventário, sendo, pois, de alta indagação. ²⁰⁹

²⁰⁷ O dispositivo em questão veda a admissão das presunções não previstas em lei nos casos em que a lei não admite a prova testemunhal.

²⁰⁸ Scarselli, Giuliano. *La Condanna con Riserva*. Milano: Dott A. Giuffrè, 1989, p. 465/470.

²⁰⁹ Comentários ao Código de Processo Civil. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988, v. IX, p. 196/199. Lembra-se de que o mesmo ocorre no processo de mandado de segurança, que a despeito de admitir a discussão de qualquer questão jurídica, por mais complexa que seja, presta-se apenas à produção de prova documental. Questões cujo esclarecimento depende de outras provas (oral e pericial) são de alta indagação e, portanto, não podem ser dirimidas na estreita via do remédio heroico.

3.2.4. Poder de deliberação sumária do juiz

O legislador italiano regula de maneiras diversas o poder do juiz em relação à condenação com reserva. Em alguns casos (arts. 35/36 e arts. 648/649 do CPC), ao juiz é atribuído um poder discricionário, pois utiliza o verbo *pode*; em outros (art. 665 do CPC e art. 4º da Lei nº 607/66), o legislador dispõe que o juiz deverá proferir a condenação com reserva; por fim, há hipóteses (art. 1462 do Código Civil, 65 e 57 dos Decretos Reais das Cambiais e dos Cheques, respectivamente), em que, assim como permite ao juiz proferir a condenação com reserva, atribui-lhe também a faculdade de suspendê-la, na presença de graves motivos ou razões.²¹⁰

O mesmo ocorre com os pressupostos que devem ser observados para a condenação com reserva. Temos, assim: 1) os arts. 35 e 36 do CPC, nos quais a aplicação do instituto está condicionada à oposição de compensação ou reconvenção, ambas de competência de outro juiz, em vista do valor (e também da matéria, no caso do art. 36); no art. 4º da Lei nº 607/66, basta a prova do fato constitutivo; e o art. 648, 1ª parte, do CPC, que condiciona a condenação com reserva à ausência de oposição de pronta solução. Nesses casos, o legislador aponta requisitos rígidos; 2) no art. 1462 do Código Civil, a condenação com reserva só pode ser proferida na hipótese de a exceção não dizer respeito à nulidade, anulabilidade ou rescisão do contrato, mas ainda assim o juiz poderá deixar de proferi-la se houver graves motivos em contrário; o mesmo ocorre com o art. 665 do CPC, que condiciona a condenação à oposição não fundada em prova escrita e, também, à ausência de graves motivos em contrário; já os arts. 65 e 57 dos

²¹⁰ Scarselli, Giuliano. *La Condanna con Riserva*. Milano: Dott A. Giuffrè, 1989, p. 471/475.

Decretos Reais das Cambiais e Cheques, respectivamente, permitem a condenação com reserva em sendo a exceção de alta indagação, podendo o juiz suspendê-la, entretanto, havendo graves razões em contrário. Nesses casos, o legislador exige a presença de requisitos rígidos, mas usa expressões elásticas dando ao juiz a oportunidade de valorar a conveniência da medida; 3) já os arts. 624 e 649 do CPC dispõem que o juiz, a despeito de proferir a condenação com reserva, tem o poder de suspender a execução ou a executividade do decreto injuntivo havendo graves motivos de oposição. Aqui, está-se frente a termos amplamente vagos e elásticos.²¹¹

Todavia, a jurisprudência da Corte Constitucional italiana, em várias oportunidades, ao mesmo tempo em que afirmou a constitucionalidade do instituto em questão, assentou que, mesmo onde o legislador tenha sido omissivo, sempre haverá espaço para um amplo poder discricionário do juiz, a fim de valorar o complexo existente nos autos.²¹²

A reconstrução histórica mostra que o instituto tem origem na tutela sumária, que se baseava e ainda se fundamenta em uma maior discricionariedade do juiz, tanto em relação ao procedimento como em relação à prova, sendo unânime a opinião da doutrina no sentido de que ela tem por finalidade a antecipação da execução antes da decisão definitiva sobre o mérito da causa. Além disso, a prova plena do fato constitutivo sempre foi motivo válido para a utilização da tutela sumária e rápida em detrimento da ordinária, sendo irrelevante a natureza do direito disputado. Mas não basta ao juiz

²¹¹ Scarselli, Giuliano. *La Condanna con Riserva*. Milano: Dott A. Giuffrè, 1989, p. 475/479.

²¹² Scarselli, Giuliano. *La Condanna con Riserva*. Milano: Dott A. Giuffrè, 1989, p. 479.

defrontar-se com a prova do fato constitutivo, sendo primordial que a condenação com reserva não cause ao devedor um dano grave e irreparável, havendo, portanto, um poder de valorar a conveniência da decisão (princípios da tutela cautelar). Com isso, o juiz não poderá pronunciar a condenação com reserva se, a despeito de provado o fato constitutivo do direito do autor, a defesa do réu, ainda que de alta indagação, possa ser *verossimilmente fundada – fumus boni juris* – e cause a esse dano grave e irreparável – *periculum in mora*. Atua a tutela cautelar a que tem direito o réu, portanto, como um antídoto à condenação com reserva.²¹³

Necessário, para tanto, encontrar um significado para a expressão *exceção verossimilmente fundada*, partindo do pressuposto de que não se distingue, na ciência processual, *verossimilhança de verdade*. Sucede que, em determinado processo, se um fato é verdadeiro, isso só quer dizer que ele foi demonstrado como tal com base em determinadas regras, pois a verdade processual pode, com frequência, afastar-se da material, cuja indagação não só é limitada no processo civil moderno, como também não é de ser buscada, ainda mais em se tratando de direitos disponíveis, importando tão-somente a *fixação formal dos fatos controversos*, no dizer de Carnelutti, que se tem como adequada mesmo quando não corresponda à verdade, suficiente a observância das regras do processo. Assim, a verdade jurídica é sempre verossimilhança, razão de Calamandrei afirmar que *todo o sistema probatório civil é preordenado não só a admitir, mas, definitivamente, impor ao juiz que se contente, ao julgar sobre os fatos, com aquilo que substitui a verdade, que é a verossimilhança*.²¹⁴

²¹³ Scarselli, Giuliano. *La Condanna con Riserva*. Milano: Dott A. Giuffrè, 1989, p. 481/493.

Todavia, para que se possa resolver a questão, impõe-se distinguir *fato provado* de *fato verossímil*. Um fato é tido como provado quando, isoladamente considerado, superou a barreira legal e formal de veracidade e normalmente exclui que um fato seja considerado demonstrado pela relação com outra alegação; já um fato é tido como verossímil pela relação com outros fatos, consistente na comparação entre o fato em questão e o fato que a ele se opõe, concluindo-se verossímil aquele que, mediante parâmetros fixados, seja mais provável. Assim, alegando o devedor ter pago a dívida, e juntando instrumento de quitação subscrito pelo credor, pode-se afirmar que o pagamento ocorreu, pois superou os controles formais de veracidade estabelecidos pela lei. Entretanto, limitando-se o réu a alegar o pagamento, sem juntar a respectiva prova, o juiz pode, com base em outras circunstâncias, ter como mais provável que o fato alegado tenha ocorrido – nesse sentido, fala-se de verossimilhança. A prova, portanto, é o resultado de um procedimento que se impõe ao juiz, na hipótese da prova legal, enquanto se funda no livre convencimento, em se tratando de livre valoração da prova; tendo por base a demonstração, move-se no terreno da certeza jurídica, excluindo o fato contrário, e com base em juízo definitivo e incontroverso (salvo a hipótese de recurso). Já a verossimilhança decorre de um juízo de probabilidade, diante da comparação com outro fato e, por isso, situa-se no terreno do provável, limitando-se a optar pela preponderância de um fato sobre outro, reduzindo-se a um juízo provisório e controverso.²¹⁵

²¹⁴ Scarselli, Giuliano. *La Condanna con Riserva*. Milano: Dott A. Giuffrè, 1989, p. 502/505.

²¹⁵ Scarselli, Giuliano. *La Condanna con Riserva*. Milano: Dott A. Giuffrè, 1989, p. 506/510. Luiz Guilherme Marinoni também deixa bem clara essa distinção, ao dizer que a prova não pode ser qualificada de “prova de certeza” ou de “prova de verossimilhança”, mas sim o juízo é que pode ser denominado de “juízo de verossimilhança”. Assim, dizer, conforme o art. 273 do CPC, que a prova deve formar um juízo de verossimilhança é tautologia, porque toda a prova, finalizado ou não o procedimento,

Nesse ponto, têm importância as máximas da experiência, que Friedrich Stein conceitua como sendo “Definições ou juízos hipotéticos de conteúdo geral, desligados dos fatos concretos que se julgam no processo, procedentes da experiência, mas independentes dos casos particulares de cuja observação foram deduzidos e que, além desses casos, aplicam-se a casos futuros”.²¹⁶ Trata-se daquilo que normalmente acontece frente a determinadas circunstâncias e de acordo com a experiência histórica e científica acumuladas, e que pode auxiliar o juiz a, ante diversas opções, escolher a que esteja mais de acordo com a máxima, ou seja, com o que normalmente acontece.

Por isso, quando o juiz defronta-se com duas alegações, uma delas desprovida de prova e outra amparada por um princípio de prova, logicamente que ele vai ter como mais verossímil essa última. Todavia, haverá casos em que, em virtude da aplicação das máximas de experiência, pode-se ter como verossímil uma alegação ainda que despida de qualquer prova. Assim, por exemplo, uma empresa que sempre pagou seus compromissos em dia deve ter motivo para não fazê-lo em relação a determinada obrigação. Do mesmo modo, é improvável que um diabético adquira um lote de açúcar, que um morador do polo Norte adquira um refrigerador ou que alguém alugue uma casa de veraneio no período de inverno.²¹⁷

leva somente a um “juízo de verossimilhança”, na medida em que a verdade é impossível de ser alcançada. Finaliza dizendo que se com “juízo de verossimilhança” quer-se dizer aquele não formado com base em cognição não exauriente, pode-se falar em “juízo provisório” ou *convicção* de verossimilhança, sempre deixando claro que *convicção* de verossimilhança e *convicção* de verdade não têm o mesmo significado de verossimilhança e verdade. (Antecipação da Tutela. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 210). É, na *condanna con riserva*, o juiz faz, tão-somente, um “juízo de verossimilhança”, pois não se trata de cognição exauriente, mas provisória.

²¹⁶ El Conocimiento Privado del Juez. Madri: Centro de Estudios Ramón Areces, 1990, p. 22.

²¹⁷ Scarselli, Giuliano. La Condanna con Riserva. Milano: Dott A. Giuffrè, 1989, p. 512/514.

Importante, do mesmo modo, distinguir verossimilhança subjetiva e objetiva. No primeiro caso, considera-se a experiência pessoal de quem faz um juízo sobre determinado fato; no segundo, a experiência histórica e científica. Ambas são levadas em conta por ocasião do juízo de fato, ainda que essa última seja utilizada primeiramente.²¹⁸ Todavia, para evitar uma interpretação extremamente subjetiva, com isso impedindo que mediante um juízo não bem definido sejam interpretadas de maneira diversa situações similares, o intérprete deve, para alcançar a máxima de experiência, ir além da sua vivência pessoal, embasando-se especialmente na ciência e também na experiência histórica objetivamente considerada, quer dizer, o conhecimento que ele tem da experiência alheia.²¹⁹

Forte nessas premissas, Scarselli conceitua verossimilhança como “um juízo alcançado mediante uma máxima de experiência predominantemente objetiva com base na maior probabilidade de que um fato tenha ocorrido em detrimento de outro”.²²⁰

Relevante, do mesmo modo, relacionar, na condenação com reserva, verossimilhança com cognição²²¹ sumária, podendo essa ser superficial ou parcial. Na

²¹⁸ Cumpre observar, todavia, como ressalta o Prof. Danilo Knijnik em suas aulas na disciplina PROVA JUDICIÁRIA CIVIL, no curso de Mestrado/Doutorado da UFRGS, que o juiz não pode considerar como máximas de experiência fatos que ocorrem nos processos que tramitam no juízo por ele jurisdicionado. Aliás, já dizia Alfredo Buzaid, relativamente às máximas de experiência, que “não se trata de invocar o conhecimento *privado* do juiz, o que seria incompatível com o princípio de que ele julga segundo o que está provado nos autos, mas de o magistrado utilizar as conclusões de uma série de percepções relativas a casos análogos” (Linhas Fundamentais do Sistema do Código de Processo Civil Brasileiro, in: Estudos e Pareceres de Direito Processual Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 43).

²¹⁹ Scarselli, Giuliano. La Condanna con Riserva. Milano: Dott A. Giuffrè, 1989, p. 516/517.

²²⁰ Scarselli, Giuliano. La Condanna con Riserva. Milano: Dott A. Giuffrè, 1989, p. 518.

primeira, o juiz deve examinar todos os fatos alegados pelas partes, a despeito de estar dispensado de manifestar-se sobre o mérito antes da solução final da causa; na segunda, o juiz não precisa apreciar todos os fatos alegados, mas aqueles que aprecia deve fazê-lo de forma integral. Assim, se a cognição plena e exauriente implica a análise ampla e integral de todos os fatos alegados em juízo, na sumária o juiz pode estar limitado qualitativa (dispensado do acertamento de todos os fatos) ou quantitativamente (dispensado de examinar todas as alegações).²²²

Portanto, na condenação com reserva, haverá cognição sumária *parcial* quando o juiz tratar do fato constitutivo do direito do autor (vez que não poderá analisar o fato impeditivo, modificativo ou extintivo alegados pelo réu) e não *superficial* (porque, quanto ao que apreciado, o exame será amplo); no tocante à exceção do réu fundada em prova escrita ou de pronta solução, a cognição será *superficial* (porque o juiz fará uma análise *prima-facie* das alegações) e não *parcial* (porque o juiz poderá valer-se de qualquer elemento deduzido pelas partes); o mesmo ocorre em relação ao poder do juiz (terceiro elemento estrutural da condenação com reserva), onde a deliberação acerca da presença ou não dos requisitos da tutela cautelar em favor do réu resultam de cognição superficial e não parcial. Já em relação à verossimilhança, está mais próxima da cognição sumária superficial, vez que limitada qualitativamente, estando mais distante,

²²¹ Conforme a lição de Kazuo Watanabe, podemos distinguir a cognição em dois planos: no vertical, ela é sumária e exauriente; no horizontal, ela é plena e parcial (Da cognição no processo civil. 2ª ed. Campinas: Bookseller, p. 111/112).

²²² Scarselli, Giuliano. La Condanna con Riserva. Milano: Dott A. Giuffrè, 1989, p. 518.

ao contrário, da cognição sumária parcial, pois para essa importa a prova plena, ainda que limitada a uma parte da controvérsia.²²³

Por fim, Scarselli trata da relação entre verossimilhança e livre convencimento, para o que distingue, nesse, a liberdade de o juiz italiano decidir, com base em seu prudente arbítrio, se uma prova é relevante ou se a causa está madura para decisão (art. 187, 1ª e quarta parte, do CPC); se a prova testemunhal é admissível (arts. 2724 do Código Civil e 621 do CPC) e como será valorada da prova produzida em juízo (art. 116 do CPC). Isso permite afirmar haver certa identidade entre verossimilhança e livre convencimento em sentido estrito (prudente arbítrio), porque em ambos o juiz tem ampla liberdade de convencer-se, *prima-facie*, dos fatos da causa, não exigindo a lei que essa convicção seja plena; por outro lado, distinguem-se verossimilhança e livre valoração da prova tanto no aspecto temporal, pois aquela é juízo feito normalmente antes de finalizada a instrução, como no aspecto funcional, haja vista que a última visa a controlar se um fato é provado conforme as regras do ordenamento jurídico sobre a prova, enquanto a primeira verifica apenas se um fato é verossímil conforme critérios indicados.²²⁴

²²³ Scarselli, Giuliano. *La Condanna con Riserva*. Milano: Dott A. Giuffrè, 1989, p. 518/520.

²²⁴ Scarselli, Giuliano. *La Condanna con Riserva*. Milano: Dott A. Giuffrè, 1989, p. 520/523.

3.3. Algumas hipóteses de *condanna con riserva* ²²⁵

3.3.1. O art. 1462 do Código Civil italiano

Dispõe a primeira parte do art. 1462 do Código Civil italiano que *A cláusula com a qual se estabelece que uma das partes não pode opor exceções a fim de evitar ou retardar a prestação devida não é eficaz na hipótese de exceções de nulidade, anulabilidade e de rescisão do contrato.* ²²⁶ Já a segunda parte dispõe que *nos casos em que a cláusula é eficaz, o juiz, se reconhecer que concorrem graves motivos, pode, todavia suspender a condenação com reserva, impondo, se for o caso, uma caução.*

Trata-se de regra sobre a limitação da defesa do réu que, aplicando o princípio *solve et repete*, condiciona o próprio direito de arguir exceções em juízo ao prévio adimplemento das obrigações contratuais. Assim, o contrato firmado assegura a uma das partes a imediata satisfação da prestação que lhe é devida, só podendo ser apreciada a defesa da outra depois de sua condenação ao cumprimento da obrigação. Logicamente, como a defesa do réu será examinada *a posteriori*, então a condenação será sempre com reserva. ²²⁷

²²⁵ Ainda que o instituto em questão não seja restrito ao direito italiano, pois presente também na Alemanha e na França, este trabalho abordará apenas algumas hipóteses existentes na legislação italiana.

²²⁶ Cumpre observar que a eficácia da cláusula também está subordinada à expressa concordância da parte, nos termos do art. 1341, segunda parte, do Código Civil italiano. Não pode a cláusula, portanto, estar inserida no meio do contrato, devendo ser *especificamente aprovada por escrito*.

²²⁷ Assim leciona Salvatore Satta (Diritto Processuale Civile. Padova: CEDAM, 1981, p. 271/272).

Destarte, ressalvada a alegação de nulidade, anulabilidade ou rescindibilidade do contrato, toda e qualquer exceção do réu só poderá ser apreciada depois de proferida a sentença ²²⁸ de condenação com reserva. A restrição, todavia, não se limita à exceção propriamente dita (fato impeditivo, extintivo ou modificativo do direito do autor), mas também a qualquer ação direta do réu, inclusive pela via reconventional, hipótese em que a autonomia contratual pode restringir tanto o direito de defesa como o próprio direito de ação. Tem entendido a jurisprudência, ainda, que o juiz não pode conhecer de ofício da cláusula de que trata o artigo em questão, tendo como pressuposto a manutenção do contrato e, assim, não pode ser arguida pela parte que tenha postulado sua resolução; nos contratos sinalagmáticos, somente pode ser arguida pela parte que tenha adimplido sua prestação; o juiz deve interpretar a cláusula conforme a boa-fé, evitando que as partes possam fazer dela uso malicioso e contrário aos princípios da justiça; é sempre viável a arguição da invalidade da cláusula, caso em que o juiz deve analisar previamente o vício antes de aplicar a cláusula. ²²⁹

No entanto, dispõe a segunda parte do artigo que, havendo graves motivos, o juiz pode suspender a condenação, exigindo, se for o caso, caução por parte do réu. Graves motivos significam, como já referido anteriormente, que a defesa do réu tem fundamentos relevantes (prova semiplena ou fundada em exceção de pronta solução) e, portanto, estejam presentes os requisitos para que a ele seja deferida a tutela cautelar. Nesse caso, o juiz profere a sentença de condenação com reserva mas suspende a sua

²²⁸ Pacífico, na doutrina e na jurisprudência italianas, que na hipótese do art. 1462 do Código Civil italiano a condenação com reserva é pronunciada mediante sentença (Scarselli, Giuliano. *La Condanna con Riserva*. Milano: Dott A. Giuffrè, 1989, p. 326).

²²⁹ Scarselli, Giuliano. *La Condanna con Riserva*. Milano: Dott A. Giuffrè, 1989, p. 324/325.

execução.²³⁰ Ou então, como leciona Andrioli, fundado na exposição de motivos do projeto do Código Civil italiano, “a suspensão da condenação mencionada no parágrafo único do art. 1462 significa a não aplicação da cláusula; ou seja, rejeição da demanda fundada na própria cláusula e prosseguimento do processo para o exame do mérito, como se não existisse a cláusula”.²³¹

3.3.2. O art. 35 do CPC italiano.

Dispõe o art. 35 em questão que *quando é oposta em compensação um crédito que é contestado e excede a competência em função do valor do juiz da causa, este, se a demanda é fundada em título não controverso ou facilmente acertável, pode decidi-la e remeter as partes ao juiz competente para a decisão relativa à exceção de compensação, subordinando, quando for o caso, a execução da sentença à prestação de uma caução; do contrário, procede na forma do artigo antecedente.*²³²

A incidência desta norma tem como pressuposto básico que o título do autor não seja contestado ou seja facilmente acertável, conceitos já estudados anteriormente.

²³⁰ O legislador referiu-se à suspensão da condenação de forma atécnica, pois mesmo frente a graves motivos, o juiz deve proferir a sentença, mas suspender o processo ou a sua execução. Logicamente, não se pode *suspender* uma sentença, que ou é proferida, ou não o é (DALMARTELLO, “Solve et Repete” (patto o clausula del), Voce del Noviss, Dig., Torino: 1970, XVIII, p. 860, *apud* Scarselli, Giuliano. La Condanna con Riserva. Milano: Dott A. Giuffrè, 1989, p. 323.

²³¹ Diritto Processuale Civile. Napoli: 1979, I, p. 358, *apud* Scarselli, Giuliano. La Condanna con Riserva. Milano: Dott A. Giuffrè, 1989, p. 323.

²³² O art. 34 do CPC italiano estabelece que *O juiz, se pela lei ou por expresse requerimento de uma das partes, deve decidir com eficácia de coisa julgada uma questão prejudicial que é da competência pela matéria ou pelo valor de um juiz superior, remete a causa a esse último, fixando às partes um prazo peremptório para a reassunção da causa perante o juiz competente.* Trata-se da declaração incidental que não é da competência do juiz onde tramita a causa, hipótese em que os autos serão remetidos ao juiz competente, devendo as partes retomar a lide perante ele.

Além disso, o crédito oposto pelo réu deve ser contestado pelo autor, pois do contrário não há razão para a condenação com reserva, vez que se o autor concordar com a compensação ²³³ oposta ou não a contestar, o mesmo juiz (superior) decide a ação e a exceção. Não basta, ademais, que o autor conteste simplesmente o direito à compensação, devendo sua irresignação dizer respeito à subsistência do próprio crédito oposto pelo réu. Por fim, primordial que o valor do crédito alegado pelo réu exceda a competência do juiz da causa.

Presentes essas circunstâncias, o juiz poderá proferir sentença ²³⁴ decidindo tão-somente a demanda do autor, para a qual ele é competente, ficando a mesma, todavia, subordinada à decisão da exceção do réu, a ser realizada por outro juiz, competente em função do valor, para quem os autos serão remetidos. Por isso, a condenação será com reserva da decisão do crédito alegado pelo réu, podendo o juiz, também, condicionar a execução da sentença à prestação de caução. ²³⁵ Decorrencia lógica disso é que, se julgada procedente a exceção, a sentença proferida em favor do autor será tida como nula, ²³⁶ caso em que, se já executada a sentença e prestada caução, a sentença do juiz

²³³ O instituto da compensação é regulado pelos arts. 1241 a 1252 do Código Civil italiano.

²³⁴ Pacífico na doutrina italiana que é sentença a decisão do juiz, no caso do art. 35 do CPC italiano. Nesse sentido, Andrioli (Diritto Processuale Civile. Napoli, 1979, I, p. 359), Mandrioli (Corso di diritto processuale civile. Torino, 1983, I, p. 195) e Franchi (Commentario al Cod. Proc. Civ. Diretto da Allorio, Torino, 1973, I, p. 344), todos *apud* Scarselli, Giuliano. La Condanna con Riserva. Milano: Dott A. Giuffrè, 1989, p. 329.

²³⁵ Também conforme lição de Francesco Luiso (Diritto processuale civile - I Processi Speciali. 3ª ed. Milano: Giuffrè, 2000, v. IV, p. 120).

²³⁶ A nulidade decorre do fato de que o acolhimento da exceção implica deixar o autor de ser credor do réu.

superior serve como título executivo, voltando-se a execução primordialmente sobre a caução.²³⁷

Logicamente, não haverá condenação com reserva, mas decisão simultânea da ação e da exceção pelo mesmo juiz: 1) se o crédito oposto pelo réu não excede o valor da competência do juízo por onde tramita o feito; 2) se o valor do crédito do réu for de competência de juiz inferior, hipótese em que a lide será julgada pelo juiz superior (da causa); 3) se o crédito do autor seja controvertido ou não facilmente acertável. Por outro lado, não haverá condenação com reserva nem julgamento simultâneo das causas quando a ação do autor e a exceção do réu devam ser julgadas por juízes diversos, na hipótese de competência absoluta, seja em função da matéria, seja em função do território, haja vista que o art. 35 refere-se apenas à competência em função do valor.²³⁸

3.3.3. O art. 36 do CPC italiano

O art. 36 do CPC italiano dispõe que o juiz da causa principal será também competente para o julgamento da reconvenção, desde que ela seja conexa àquela ou à

²³⁷ Chiovenda leciona: “no interesse geral dos credores, a quem a lei quer poupar delongas processuais provenientes de exceções vexatórias, e, ao mesmo tempo, pelo favor que a lei dispensa aos créditos constantes de documento, admite-se que o juiz condene com fundamento numa verificação da existência do direito que, *no caso particular*, pode resultar meramente provisória. Porque, se a nova sentença declarar fundada a exceção de compensação, a primeira se reduzirá a nada, e o autor terá eventualmente de restituir o que recebeu e ressarcir os danos (pelo que, pode ser ordenada caução)” (Chiovenda, Giuseppe. Instituições de Direito Processual Civil. Tradução da 2º ed. italiana por J. Guimarães Menegale. São Paulo: Editora Saraiva, 1969, v. I, p. 253/254).

²³⁸ Scarselli, Giuliano. La Condanna con Riserva. Milano: Dott A. Giuffrè, 1989, p. 328/329.

defesa do réu e não exceda a competência do juiz em função da matéria ou do valor.²³⁹

Do contrário, o juiz deve aplicar o disposto nos arts. 34 e 35 do mesmo *códex*.

Trata-se de hipótese similar à do art. 35, pois em não sendo o juiz da causa principal competente para julgar a reconvenção, ele deverá proceder à condenação com reserva em favor do autor, remetendo o processo ao juiz competente para o julgamento da ação do réu. Logicamente, para a cisão do julgamento das causas (principal e reconvenção), devem estar presentes os requisitos já referidos na hipótese anterior, devendo ainda o juiz, se for o caso, exigir do autor caução para a execução da sentença. A diferença aqui é que o dispositivo em questão refere-se à competência em função não só do valor, mas também da matéria.

Há que observar, entretanto, que a reconvenção pode ser ou não incompatível com a causa principal. Assim, haverá incompatibilidade quando seu acolhimento implique o desacolhimento da demanda do autor²⁴⁰, caso em que a condenação será, logicamente, com reserva do julgamento da reconvenção. Porém, não havendo incompatibilidade entre as causas,²⁴¹ poderá o juiz julgar a causa principal sem

²³⁹ Admite-se a reconvenção, também, em não excedendo a competência do juiz da ação, na hipótese de ter causa de pedir diversa da ação do autor, mas desde que entre as duas causas haja um liame objetivo que recomenda a instrução e decisão simultâneas, cuja oportunidade, entretanto, é deixada ao prudente arbítrio do juízo de mérito, não passível de recurso.

²⁴⁰ Como exemplo, pode-se referir o caso de o autor, fundado em contrato de compra e venda, buscar o pagamento de prestações inadimplidas pelo réu que, entretanto, reconvém buscando a resolução do contrato por inadimplemento do autor. Ou então o réu, sendo demandado para o pagamento de uma dívida, reconvém dizendo-se credor do autor em valor maior, postulando a condenação desse ao pagamento da diferença.

²⁴¹ Por exemplo, quando o locador, demandado pelo locatário para a realização de reformas estruturais no imóvel, busca o pagamento de aluguéis vencidos.

qualquer reserva da reconvenção, razão pela qual não se poderá exigir a prestação de caução, remetendo ao juiz competente o julgamento da reconvenção.²⁴²

3.3.4. Os arts. 65 do Decreto Real nº 1669/1933 (Cambiais) e 57 do Decreto Real nº 1736/1933 (Cheques)

Cogita-se dos casos mais antigos de condenação com reserva previstos no ordenamento italiano, e talvez mais ligados à tradição histórica do instituto, previstos nas leis que regulam as cambiais (nº 1669) e os cheques bancários (nº 1736), cujos arts. 65 e 57 têm a seguinte redação: *“Nos juízos cambiários, tanto de conhecimento como de oposição à execução, o devedor pode opor apenas as exceções de nulidade da cambial nos termos do art. 2º e aquelas não vedadas pelo art. 21. Se as exceções são de alta indagação, o juiz, a requerimento do credor, deve proferir sentença provisória de condenação, com ou sem caução. Pode também conceder a pedido do devedor, quando concorram graves motivos, a suspensão da execução, impondo, se considerar oportuno, caução idônea”*.²⁴³

A despeito da opinião contrária de alguns doutrinadores, a doutrina majoritária, assim como a jurisprudência da Corte de Cassação, têm entendido que tais disposições não foram ab-rogadas pelo CPC italiano.²⁴⁴ De qualquer sorte, leciona Chiovenda²⁴⁵

²⁴² Scarselli, Giuliano. *La Condanna con Riserva*. Milano: Dott A. Giuffrè, 1989, p. 331.

²⁴³ Conforme Salvatore Satta, trata-se da aplicação do princípio *solve et repete*, por força de uma cláusula contratual, com as limitações estabelecidas no art. 1462 do Código Civil (Diritto Processuale Civile. Padova: CEDAM, 1981, p. 271/272).

que o credor cambiário tem, conforme o ordenamento jurídico italiano, inúmeras opções:

- a) usar a via ordinária com base na causa subjacente, exercendo, assim, a ação causal;
- b) usar a via ordinária, mas valendo-se da ação cambiária; c) postular um decreto injuntivo ²⁴⁶ provisoriamente executivo, nos termos dos arts. 633 e 642 do CPC italiano;
- d) utilizar o processo de execução; e) utilizado o processo de execução, e sendo o credor demandado pelo devedor na via ordinária, ao que se segue a oposição à execução, nos termos do art. 615 do CPC italiano.

Como as disposições em comento só se aplicam ao juízo cambiário, quando o credor usa a cambial ou cheque como fundamento para a demanda, a condenação com reserva só se aplicará nas hipóteses **b** e **e**. Assim, sendo a exceção do devedor de alta indagação, o juiz deverá proferir sentença de condenação com reserva ou rejeitar provisoriamente a oposição, com ou sem caução. E, havendo pedido do devedor e graves motivos em contrário (direito à tutela cautelar), a execução da sentença poderá ser suspensa, também com ou sem caução. ²⁴⁷

²⁴⁴ Esse é também o entendimento de Francesco Luiso, para quem essa técnica “continua a ser prevista pelo art. 65 da lei das Cambiais e art. 57 da lei do Cheque. Tais normas preveem que, se as exceções são de alta indagação, o juiz profere, a pedido do credor, sentença provisória de condenação, com ou sem caução” (Diritto Processuale Civile - I Processi Speciali. 3ª ed. Milano: Giuffrè, 2000, v. IV, p. 120).

²⁴⁵ *Apud* Scarselli, Giuliano. La Condanna con Riserva. Milano: Dott A. Giuffrè, 1989, p. 333.

²⁴⁶ Tal instituto assemelha-se ao mandado monitório previsto pelo CPC pátrio.

²⁴⁷ Scarselli, Giuliano. La Condanna con Riserva. Milano: Dott A. Giuffrè, 1989, p. 332/335.

CAPÍTULO IV

4. Antecipação da tutela

Como já referimos anteriormente, ao tratarmos do instituto da *condanna con riserva*, que tem certa similitude com a sentença parcial de mérito, por isso entendemos sobre ele fazer um pequeno estudo, também merece destaque, no direito brasileiro, o instituto da antecipação da tutela, que do mesmo modo é instrumento apto a agilizar a satisfação do direito do autor, antes da sentença de mérito, razão de sua semelhança (não coincidência, é claro) com essa.

Em ambos os casos, todavia, como se verá adiante com maior profundidade, a prestação jurisdicional não é definitiva, porque baseada em cognição sumária e não exauriente, como ocorre na sentença parcial de mérito.

4.1. Conceito e alcance do instituto

A antecipação da tutela também é, no dizer de Marinoni, uma técnica de distribuição do ônus do tempo do processo, visando a eliminar uma das vantagens adicionais do réu contra o autor, que não pode arcar, sem grandes perdas, com a morosidade do Poder Judiciário. Com ela pode-se recuperar a igualdade no procedimento, a partir da premissa de que não só a ação, mas também a omissão, pode causar prejuízo. Busca-se atingir uma tutela que alcance, mais rapidamente possível, àquele que tem um direito tudo aquilo a que tem direito, princípio que deve

nortear as novas definições dos estudiosos do processo. Não basta, como disse Chiovenda, dar a cada um aquilo a que tem direito – mister que isso seja alcançado de forma célere, sem dilações indevidas.²⁴⁸

No dizer de Teori Zavascki, o art. 273 do CPC “representa nova concepção do processo civil, uma alteração nos seus rumos ideológicos, marcada pelo acentuado privilégio do princípio da efetividade da função jurisdicional. Ora, a especial salvaguarda desse princípio, feita pelo legislador, tem reflexos não apenas tópicos, ou seja, não apenas num ou noutra dispositivo codificado, mas passa a permear todo o sistema, que, assim, deve ser ‘reinterpretado’ à luz dos valores jurídicos agora privilegiados”.²⁴⁹

Na verdade, não se trata de nenhuma novidade, mas de instituto já conhecido no direito processual civil brasileiro, mas que até a reforma do CPC de 1994, era restrito a determinados procedimentos especiais previstos no CPC, como as ações possessórias, em que o autor poderia obter o bem da vida antes de decisão definitiva da lide. O mesmo ocorre com os alimentos provisionais, a liminar nas ações de nunciação de obra nova e nos embargos de terceiro.

Além disso, na legislação extravagante, temos a liminar no mandado de segurança (art. 7º, III, da Lei nº 12.016/2009) que, via de regra, satisfaz, total ou parcialmente, o impetrante antes da sentença definitiva; a liminar na ação autônoma de

²⁴⁸ Marinoni, Luiz Guilherme. Antecipação da Tutela. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 23/24.

²⁴⁹ Antecipação da Tutela. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 72.

busca e apreensão, segundo o decreto-lei nº 911/69; as liminares nas ações locatícias – Lei nº 8.245/91; na lei da ação popular, Lei nº 4.717/65; no CDC, art. 84, § 3º.²⁵⁰

Instituiu-se em favor da parte que busca a tutela jurisdicional (autor ou réu, na reconvenção) a possibilidade de o juiz antecipar, em todo ou em parte, os efeitos da tutela que só seria concedida pela sentença definitiva. Não se antecipa a sentença, mas os efeitos dela. Assim, se a sentença é declaratória, o juiz não antecipará a declaração, mas os efeitos que dela decorram. Por exemplo, numa demanda declaratória de nulidade de duplicata levada a protesto, o efeito antecipado será a sustação do protesto, não a própria declaração da nulidade do título.

Para Teori Zavascki, “antecipar significa satisfazer, total ou parcialmente, o direito afirmado pelo autor e, sendo assim, não se pode confundir medida antecipatória²⁵¹ com antecipação *da sentença*. O que se antecipa não é propriamente a certificação do direito, nem a constituição e tampouco a condenação porventura pretendidas, como tutela definitiva. Antecipam-se, isto sim, os efeitos executivos daquela tutela. Em outras palavras: não se antecipa a eficácia jurídico-formal (ou seja, a eficácia declaratória,

²⁵⁰ Carneiro, Athos Gusmão. Da Antecipação de Tutela. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 15/16.

²⁵¹ Barbosa Moreira refere ser equivocado o uso da expressão “tutela antecipatória”, utilizada por juristas de escol, mas não abonada nem pela lei nem pela lógica gramatical, não se encontrando a expressão em nenhum momento no art. 273 do CPC. Ademais, diz que “Se por ‘tutela’ se entende a proteção dispensada ao litigante, é intuitivo que ela não pode constituir o *sujeito* mas apenas o *objeto* da antecipação. A tutela não *antecipa* seja o que for: pode, isso sim, *ser antecipada* pelo juiz, ou por decisão que este profira. Falar-se-á com propriedade, portanto, em ‘decisão antecipatória’, ou em ‘providência antecipatória’, no sentido de decisão ou de providência *que antecipa a tutela*. Quanto a esta última, ou será *antecipada* ou não o será: *antecipatória* é que jamais se concebe que seja” (Antecipação da Tutela: Algumas Questões Controvertidas. In: Temas de Direito Processual. São Paulo: Saraiva, 2004, Oitava Série, p. 77/78).

constitutiva e condenatória) da sentença; antecipa-se a eficácia que a futura sentença pode produzir no campo da realidade dos fatos”.²⁵²

Não se trata, como diz Dinamarco, de uma medida com vista a obstar o perecimento do direito, ou que garanta ao titular a faculdade de exercitá-lo em momento posterior. A antecipação da tutela, ao revés, concederá ao titular o próprio exercício do direito afirmado. No plano concreto, a decisão concessiva de antecipação da tutela terá, no máximo, o mesmo alcance do dispositivo da sentença que acolhe definitivamente o pedido – ou seja, a procedência da demanda -, com a distinção de que aquela não é definitiva, mas provisória.²⁵³

Não pode o juiz antecipar mais do que será atribuído à parte pela sentença que lhe for favorável, mas apenas aquilo que fizer parte do pedido; do mesmo modo, não poderá antecipar coisa diversa da que poderá ser alcançada pela sentença. É o que se chama de congruência entre a sentença e a antecipação da tutela,²⁵⁴ uma, aliás, das

²⁵² Antecipação da Tutela. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 48.

²⁵³ Cândido Dinamarco, A In: Reforma do Código de Processo Civil, 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 142/143.

²⁵⁴ Carneiro, Athos Gusmão. Da Antecipação de Tutela. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 49/52. No mesmo sentido a lição de Teori Zavascki, ao referir que se a antecipação da tutela adianta a eficácia da sentença, os efeitos antecipáveis são idênticos, ou seja, aqueles que o autor busca consolidar de forma definitiva (não esquecer, todavia, como já referido, que a antecipação não é da sentença, mas dos seus efeitos - não se antecipa, por exemplo, a declaração, mas os efeitos que dela decorrem) - Antecipação da Tutela, cit., p. 50.

Dinamarco também leciona no mesmo sentido, referindo que a coincidência entre o objeto da antecipação e da sentença impõe a observância da regra de correlação entre a sentença e o pedido, representada no nosso CPC pelos arts. 128 e 460. Assim, a tutela antecipada, tanto quanto a definitiva, não pode ir *extra vel ultra petita*, pois tem de observar os limites subjetivos e objetivos da demanda judicial. Assim, não se pode *antecipar* o que, desde já, sabe-se inviável obter definitivamente. Aquilo que se antecipará não pode ser qualitativamente diverso, nem quantitativamente maior do que o pedido inicial (Dinamarco, Cândido. A Reforma do Código de Processo Civil. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 142).

características que distingue o instituto da tutela cautelar, pois nessa “o conteúdo do provimento é autônomo em relação ao da tutela definitiva”.²⁵⁵

O instituto também foi estendido às obrigações de fazer e não fazer, por força do art. 461, § 3º, alterado pela mesma reforma de 1994, alcançando ainda, a partir da lei nº 10.444/02, as ações para entrega de coisa, com a introdução do art. 461-A, cujo § 3º remete ao art. 461, inclusive o § 3º. Desta forma, nessas duas espécies de demanda, do mesmo modo se admite a antecipação da tutela.

As mudanças vieram, ademais, afastar a necessidade ou a possibilidade de a parte buscar a antecipação da tutela via cautelar satisfativa, técnica utilizada pelos operadores e aceita pela jurisprudência até então, manejada muitas vezes como sucedâneo do mandado de segurança, à qual se seguia demanda com cognição exauriente. Não se admite, pois, que se proponha ação (de cognição) sumária satisfativa com base no art. 798 do CPC, pois ante a clareza do art. 273 do código, permite-se a tutela sumária requerida e concedida no decorrer do processo de conhecimento. Nem se pode cogitar da ação sumária inominada antecedente ao processo de conhecimento, pois isso abriria, novamente, caminho para a dualidade de

²⁵⁵ Zavascki, Teori Albino. *Antecipação da Tutela*, cit., p. 57. O autor refere, ainda, as seguintes distinções entre os dois institutos: 1) regime processual diverso, pois enquanto a cautelar é postulada em ação autônoma, a antecipação da tutela o é no próprio procedimento em que se busca a tutela definitiva; 2) a cautelar é admitida quando mostrar-se urgente assegurar a futura certificação ou execução do direito ao passo que a antecipação da tutela destina-se a satisfazer o próprio direito; 3) na cautelar, busca-se medida que assegure a futura execução do direito; na antecipação da tutela, o direito é, total ou parcialmente, prontamente exercido, visando a evitar seu perecimento; 4) na tutela antecipatória, o resultado prático é similar ao que se obteria com o atendimento espontâneo, pelo réu, do direito buscado pelo autor; na cautelar, o resultado no plano dos fatos tem relação com a garantia do direito, não com sua satisfação; 5) a cautelar tem sempre duração limitada no tempo, pelo que a sua eficácia no plano dos fatos é obrigatoriamente desfeita ao fim de sua vigência, ao passo que a tutela antecipatória pode ter sua eficácia perpetuada no tempo, vez que, procedente a demanda, ela é sucedida pela sentença que tornará definitiva a situação fática resultante da antecipação.

procedimentos que, com a reforma, buscou-se evitar. Quando muito, poder-se-ia admitir a criação, pelo legislador, de um procedimento sumário satisfativo como espécie de tutela jurisdicional diferenciada, em vista das peculiaridades do direito material, impondo ao vencido o ônus da propositura da ação de cognição exauriente.²⁵⁶

Não se olvide, logicamente, do fato de que o art. 273, § 7º, do CPC, introduzido pela lei nº 10.444/2002, permitiu ao juiz conceder a tutela cautelar incidentalmente quando a parte postular a medida de urgência, equivocadamente, como antecipação da tutela.²⁵⁷ É o que se passou a chamar de fungibilidade das medidas de antecipação, e que, conforme pacífico entendimento, tem mão dupla.²⁵⁸ Ou seja, o juiz poderá, do mesmo modo, conceder a antecipação da tutela quando a parte postular a tutela de urgência em sede de ação cautelar.

Cabe ressaltar que a antecipação da tutela pode ser postulada por aquele que busca a tutela jurisdicional – normalmente, o autor. Todavia, em havendo reconvenção,

²⁵⁶ Marinoni, Luiz Guilherme. *Antecipação da Tutela*. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 177/180. Marinoni refere, com base na lição de Ovídio Baptista da Silva (Curso de Processo Civil, p. 254), que ainda existem ações sumárias satisfativas. Entre elas, a ação de alimentos provisionais, comumente chamada de cautelar, e que possibilita a satisfação da pretensão alimentar. Refere, ainda, que, do ponto de vista estrutural, não há distinção entre os alimentos provisionais e os cautelares, vez que ambos representam meras antecipações da sentença final de procedência da ação de alimentos, retirando-lhe substância. Os provisórios, para tornarem-se liminar da mesma ação alimentar; os cautelares, para transformar-se em ação preparatória ou incidente, mas sempre carecendo da sentença do processo principal (p. 180).

²⁵⁷ A mudança legislativa, segundo Marinoni, justificou-se em virtude do fato de que “Após a alteração do CPC, ocorrida no final de 1994, com a instituição do novo art. 273, verificou-se na prática forense certa dificuldade em precisar a natureza da tutela de cognição sumaria contra o *periculum in mora*, especialmente daquele que pode ser concedida nas ações declaratória e (des) constitutiva. Isto pela razão de que não é tão simples reconhecer a tutela antecipatória nestas ações. Nestes casos há uma ‘zona de penumbra’ que pode embaralhar os operadores do direito menos familiarizados com discussões teóricas de maior profundidade” (Marinoni, Luiz Guilherme e Arenhart, Sérgio Luiz. *Manual do Processo de Conhecimento*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 224).

²⁵⁸ Entre tantos, veja-se Marinoni e Arenhart. *Manual do Processo de Conhecimento*, cit. p. 225.

possível ao réu, autor da demanda reconvenicional, postular, da mesma forma, a antecipação da tutela. O mesmo pode ocorrer nas ações dúplices, em que o réu, por disposição legal expressa (ações possessórias, por exemplo), não precisa reconvir, formulando sua pretensão na própria contestação. Descabe, todavia, segundo a doutrina majoritária,²⁵⁹ a antecipação da tutela em favor do réu, quando ele não formula qualquer pretensão, seja dúplice, seja reconvenicional.²⁶⁰

A despeito da posição contrária de Athos Carneiro,²⁶¹ possível, em havendo denunciação da lide, a antecipação da tutela postulada pelo réu-denunciante, quando contra ele tenha sido proferida decisão antecipatória da tutela postulada pelo autor, por exemplo em ação indenizatória fundada em ato ilícito.²⁶²

²⁵⁹ Entre eles, Athos Gusmão Carneiro. Da Antecipação de Tutela, cit., p. 60, para quem, nas hipóteses de demanda manifestamente infundada, em que alguns defendem a antecipação da tutela negativa em favor do réu, mais adequado será o indeferimento da inicial ou o julgamento antecipado da lide. A solução alvitrada pelo jurista, todavia, não resolve a eventual necessidade do réu de ter em seu favor uma medida imediata, pois tanto a sentença de indeferimento da inicial como de julgamento antecipado da lide carecem do trânsito em julgado para serem eficazes.

²⁶⁰ Marinoni discorda dessa posição da doutrina, sustentando que pelo princípio da isonomia, e havendo necessidade, o réu poderá postular antecipação da tutela. Sucede que o réu, ao sustentar a improcedência da demanda, em verdade ele busca uma sentença que, ao fim e ao cabo, declare que o autor não tem razão. Assim, se a demanda tem conteúdo declaratório da legitimidade de um determinado ato, nada obsta a que o réu postule antecipação da tutela no sentido de declarar a ilegitimidade desse ato, visando a evitar que o autor, mesmo antes da solução definitiva da causa, venha a praticar o ato (Antecipação da Tutela, cit., p. 183).

Trata-se de posição bastante defensável, e que merece profunda reflexão. Ocorre que qualquer demanda causa um estado de insegurança à esfera jurídica do réu, que poderá, por exemplo, deixar de fazer um negócio lícito envolvendo imóvel objeto de demanda de natureza real ou pessoal reipersecutória, em vista de o comprador não querer assumir o risco de adquirir coisa litigiosa. Ainda mais em casos em que a pretensão do autor afigura-se de manifesta improcedência, usada apenas para constranger o réu, por exemplo, a transigir. Assim, nada obstará a que o juiz, frente aos requisitos legais, antecipasse, em favor do réu (logicamente, decisão interlocutória, sujeita à revisão na sentença definitiva, ou pela via recursal adequada), os efeitos da sentença de *improcedência* da pretensão veiculada na inicial.

²⁶¹ Da Antecipação de Tutela, cit., p. 75/76.

²⁶² Marinoni, Luiz Guilherme. Antecipação da Tutela, cit., p. 184/185. Realmente, com razão o jurista, pois pode ocorrer que em demanda decorrente de acidente de trânsito, o autor obtenha decisão antecipatória compelindo o réu a pagar-lhe, de imediato, uma pensão mensal, em vista de estar aquele inválido para o trabalho. Se o réu tiver denunciado à lide a seguradora com a qual mantinha, ao tempo do

4.2. Requisitos da antecipação da tutela

4.2.1. Convencimento do juiz

Conforme o art. 273, *caput*, a antecipação da tutela exige prova inequívoca, que convença da verossimilhança da alegação. Além disso, nos termos dos incs. I e II do mesmo artigo, deve ser conjugada a exigência primeira com a presença de fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação (*fumus boni juris*) ou a caracterização do abuso no direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu. No primeiro caso, temos a tutela antecipatória contra o perigo, preventiva, que independe da conduta do réu; na segunda, temos a tutela antecipatória contra a conduta do réu, punitiva, que independe do perigo.

A doutrina muito discute sobre a exigência contida no *caput* do art. 273, importando, para tanto, no dizer de Marinoni, distinguir *prova* de *convencimento*. A primeira destina-se a convencer o juiz, não se tratando, pois, de conceitos idênticos.²⁶³

Sabido, ademais, que se convencer o juiz da verdade²⁶⁴ não é o mesmo que encontrar a verdade, propósito, aliás, inalcançável no processo civil, ainda que o juiz

evento, seguro de responsabilidade civil que cubra inclusive o pagamento de pensão, perfeitamente possível que o juiz antecipe também a tutela buscada pelo denunciante contra a denunciada, fim de que essa pague diretamente ao autor a pensão, não se justificando que o réu tenha de desembolsar importância coberta pelo contrato de seguro para só se ver ressarcido depois de transitada em julgado a sentença definitiva.

²⁶³ Antecipação da Tutela, cit., p. 209. Marinoni refere, textualmente: “A prova existe para convencer o juiz, de modo que chega a ser absurdo identificar prova com convencimento, como se pudesse existir prova de verossimilhança ou prova de verdade. A intenção da parte, ao produzir a prova, é sempre de *convencer o juiz* (p. 209).

deva buscá-lo, mas dentro de determinados limites, pena de eternização dos litígios. Marinoni refere, todavia, que “o fato de o juiz não poder descobrir a ‘verdade’ não o dispensa de buscar se convencer a respeito do que se alega em juízo”.²⁶⁵

No caso da antecipação da tutela, tem-se de separar *convicção de verdade* de *convicção de verossimilhança*. Aquela o juiz alcança na sentença, depois de cognição exauriente; essa, ele encontra antes da sentença, mediante cognição limitada, “ainda que ambas, na perspectiva gnoseológica, somente possam resultar em verossimilhança”.²⁶⁶

Ademais, se o juiz está autorizado a decidir antes mesmo da citação do réu, ainda que excepcionalmente, inviável exigir-se *convicção de verdade*. Por isso, a autorização para que o juiz decida com base na *convicção de verossimilhança*. Portanto, desde que o material trazido ao processo aponte que o direito do autor é mais verossímil do que o do réu, sacrifica-se o direito improvável em favor do direito provável.²⁶⁷ Aliás, seria

²⁶⁴ O tema verdade e, em especial, da verdade do processo, conta com inesgotável literatura. Refoge ao âmbito da tese discuti-la. Para análise aprofundada do assunto, consulte-se: 1) Michelle Taruffo, *La Prova dei Fatti Giuridici*. Milano: Giuffrè, 1932; *Una Semplice Verità - Il Giudice e le Costruzione dei Fatti*. Roma-Bari: Laterza, 2009; 2) Piero Calamandrei, *Verità e Verosimiglianze nel Processo Civile*. Opere Giuridiche. Napoli: Morano Editore, v. V, p. 615/640; 3) Daisson Flach, *A Verossimilhança no Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

²⁶⁵ *Antecipação da Tutela*, cit., p. 209.

²⁶⁶ Marinoni, Luiz Guilherme. *Antecipação da Tutela*, cit., p. 210. Consulte-se também Luís Alberto Reichelt, *A Prova no Direito Processual Civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

²⁶⁷ Dinamarco critica essa posição de Marinoni, dizendo que deve a lição deve ser recebida com cuidado. Para o jurista paulista, “o direito não tolera sacrifício de direito algum e o máximo que se pode dizer é que algum risco de lesão pode-se legitimamente assumir. O *direito improvável* é direito que talvez exista e, se existir, é porque na realidade inexistia aquele que era *provável*. O monografista fala da coexistência entre o *princípio da probabilidade* e o *da proporcionalidade*, de modo a permitir-se o sacrifício do bem menos valioso em prol do mais valioso. Mesmo com essa atenuante, não deve o juiz correr riscos significativos e,

absurdo “negar a tutela a um direito que corre risco de ser lesado sob o argumento de que não há convicção de verdade”.²⁶⁸

4.2.2. Prova inequívoca

Difícil à doutrina chegar a um ponto comum acerca do conceito de *prova inequívoca*, exigência do art. 273, *caput*, do CPC, para a antecipação da tutela.

Athos Gusmão Carneiro diz que a *inequívocidade* da prova representa inclusive sua plena aptidão para produzir no espírito do magistrado o *juízo de verossimilhança*, capaz de autorizar a antecipação da tutela. Louvando-se no magistério de Marinoni, o ex-ministro do STJ diz que a prova inequívoca só pode ser compreendida como a suficiente para o surgimento do verossímil, ainda que não o bastante para a declaração da existência ou não do direito. Referindo-se às provas passíveis de serem usadas, o jurista refere que serão as documentais de que dispõe o autor e, excepcionalmente, provas obtidas em justificação judicial (provas *ad perpetuam*), formulado o pedido quando do ajuizamento; todavia, se a medida for requerida no curso do processo, podendo sê-lo mesmo em sede recursal, o juiz valer-se-á de todas as provas existentes no processo até então.²⁶⁹

muito menos, expor o réu aos males da *irreversibilidade*, expressamente vetados pela lei vigente (art. 273, § 2º)” (A Reforma do Código de Processo Civil. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 146).

²⁶⁸ Marinoni, Luiz Guilherme. Antecipação da Tutela, cit., p. 213.

²⁶⁹ Da Antecipação de Tutela, cit., p. 28/29.

Para Ernani Fidelis dos Santos, não se pode confundir prova inequívoca com prova pré-constituída, mas sim aquela que possibilita, por si ou conjugada com outras também já existentes, ao menos em um juízo interino, definir o fato como verdadeiro, citando como exemplos a qualidade de funcionário público do autor, a prova contratual do negócio, o registro provando a propriedade imóvel, o acidente de trânsito relatado por exame pericial, a lesão por auto de exame de corpo de delito, etc.²⁷⁰

Carreira Alvim conceitua prova inequívoca como aquela da qual resulte alto grau de convencimento, afastando-se qualquer dúvida razoável, ou, em outros termos, cuja autenticidade ou veracidade seja provável.²⁷¹

Dinamarco refere a aparente contradição entre os conceitos constantes do *caput* do art. 273, que depois de exigir *prova inequívoca*, fala em o juiz *convencer-se da verossimilhança*. Da aproximação dessas duas expressões contraditórias, ele alcança o conceito de *probabilidade*, mais seguro do que a simples *verossimilhança*, sendo aquela decorrente da prevalência de motivos que convergem à aceitação de determinada proposição, sobre os motivos divergentes. “A probabilidade, assim conceituada, é menos que a certeza, porque lá os motivos divergentes não ficam afastados mas somente suplantados; e é mais que credibilidade, ou *verossimilhança*, pela qual na mente do observador os motivos convergentes e os divergentes comparecem em situação de equivalência e, se o espírito não se anima a afirmar, também não ousa negar”. Ao juiz é que cabe analisar o grau dessa probabilidade, com

²⁷⁰ Novos Perfis do Processo Civil Brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 31.

²⁷¹ Código de Processo Civil Reformado. Belo Horizonte: Del Rey, 2ª ed. 1995, p. 115

prudência e não esquecendo a gravidade da medida a ser concedida. Ao exigir prova inequívoca, o legislador quis dizer que não é suficiente a mera aparência do direito, sendo a *verossimilhança* exigida mais, portanto, do que o *fumus boni juris* que se exige para a tutela cautelar.²⁷²

Barbosa Moreira também trata desse tormentoso assunto, sustentando que outros doutrinadores estariam partindo de uma falsa premissa, girando em um círculo vicioso quando dizem que “o juiz deve convencer-se da verossimilhança da alegação, e a prova deve ser tal que disso se convença”. Assim, estaria havendo uma redundância, em vista do defeito da lei de “expressar duas vezes a mesma ideia, ou melhor, de formular duas vezes o mesmo pressuposto da antecipação: um ao qualificar de ‘inequívoca’ a prova; outro, ao exigir que à vista dela o juiz ‘se convença’”. Por isso, propõe um entendimento alternativo, ou seja, de que “prova inequívoca” deve ter “significado diverso”, baseado na premissa de que a lei não contém palavras inúteis. Parte, portanto, do conceito de **equívoco**, cujo significado é “palavra, conceito ou atributo que se aplica a sujeitos diversos de maneira absolutamente idêntica”. Desta forma, “será equívoca a prova a que se possa atribuir mais de um sentido; inequívoca,

²⁷² Dinamarco, Cândido. A Reforma do Código de Processo Civil. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 145.

Kazuo Watanabe também perfilha da distinção efetuada por Dinamarco, ao dizer que “prova inequívoca não é a mesma coisa que ‘*fumus boni juris*’ do processo cautelar. O juízo de verossimilhança, ou de probabilidade, como é sabido, tem vários graus, que vão desde o mais intenso ao mais tênue. O juízo fundado em prova inequívoca, em prova que convença bastante, que não apresente dubiedade, é seguramente mais intenso que o juízo assentado em simples ‘fumaça’, que somente permite a visualização de mera silhueta ou contorno sombreado de um direito. Está nesse requisito uma *medida de salvaguarda*, que se contrapõe à ampliação da tutela antecipatória para todo e qualquer processo de conhecimento” (A Reforma do CPC. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 33/34).

aquela que só num sentido seja possível entender – independentemente, note-se, de sua maior ou menor força persuasiva”.²⁷³

Com isso, possível afastar a dificuldade para tornar compatíveis, ao interpretar o art. 273 do CPC, a inequívocidade, que deve resultar da prova, com a simples verossimilhança (ou probabilidade), desdobrando-se a indagação do juiz, ante a prova produzida. Primeiro, perquire-se se ela é inequívoca, ou seja, se comporta um só entendimento; segundo, diante desse entendimento, tem a prova força suficiente para convencer o juiz, ou seja, para mostrar-se verossímil (ou provável) a alegação do autor?

274

Para Marinoni a solução encontrada por Barbosa Moreira não é aceitável, pois parte do pressuposto de que o juiz deve decidir apenas em cima de prova apontando em uma só direção, o que implicaria a necessidade de explicar a razão pela qual é inaceitável a prova que tenha mais de um sentido, isso não ocorrendo na prática, pois não raro o juiz, na sentença, tem de optar pela prova a permitir duas versões, não havendo razão para isso não ocorrer, também, na antecipação da tutela.²⁷⁵

²⁷³ José Carlos Barbosa Moreira. *Antecipação da Tutela: Algumas Questões Controvertidas*. In: *Temas de Direito Processual*. São Paulo: Saraiva, 2004, Oitava Série, p. 80. O jurista exemplifica quanto a um documento, que pode ser equívoco ou unívoco, conforme dele possa decorrer somente um ou mais de um entendimento, não guardando a univocidade ou equivocidade da prova pertinência com a força persuasiva do documento. Assim, pode suceder que, a despeito de unívoco, o documento não seja hábil a convencer o juiz. O mesmo pode ocorrer com qualquer outra prova - testemunhal, etc. (op. cit., p. 80/81).

²⁷⁴ Barbosa Moreira, José Carlos. *Antecipação da Tutela: Algumas Questões Controvertidas*. In: *Temas de Direito Processual*. São Paulo: Saraiva, 2004, Oitava Série, p. 80/81.

²⁷⁵ *Antecipação da Tutela*, cit. p. 214/215.

Ao contrário, continua, a prova, mesmo equívoca, ou seja, que aponta em mais de um sentido, pode ter credibilidade e, assim, ser valorada mesmo para a antecipação da tutela. Tanto que ela é admitida até mesmo no processo penal. Como ensina Salaverría, depois de avaliar a credibilidade das provas, o juiz deve catalogá-las, operação bastante simples. Entretanto, haverá casos em que as provas são de certa forma indeterminadas, prestando-se a diversas interpretações. Assim pode ocorrer com um documento, uma perícia, etc. Do mesmo modo, a prova pode ser unívoca, como uma ferida letal por arma de fogo, mas que pode ser compatível, a princípio, com um homicídio ou um suicídio. Em ambos os casos, essa prova (equívoca ou unívoca) terá de ser interpretada conjuntamente com os demais elementos probatórios.²⁷⁶ A partir disso, Marinoni refere que a se entender, como Barbosa Moreira, que a prova equívoca não possa ser considerada, ficaria ao juiz vedado conjugá-la com uma prova unívoca, o que, ao revés, é perfeitamente admissível.²⁷⁷

Desta maneira, o problema crucial não reside na credibilidade da prova que aponta em duas direções, mas na capacidade de convencer, e que varia conforme o tipo de processo envolvido (penal ou civil),²⁷⁸ se se trata de tutela final ou antecipada e as peculiaridades do direito material. Desta forma, prossegue Marinoni, citando Hart, a tese de impedir o juiz de decidir com base em prova não unívoca mantém sem resposta a questão atinente aos critérios de apuração da verossimilhança, e que tem como

²⁷⁶ Salaverría, Juan Igartua, *La Motivación de las sentencias, imperativo constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003, p. 156, *apud* Marinoni, Luiz Guilherme. *Antecipação da Tutela*, cit., p. 217.

²⁷⁷ *Antecipação da Tutela*, cit. p. 217/218.

²⁷⁸ Remetemos o leitor à lição de Danilo Knijnik, já referida, quanto aos modelos de constatação ou *standards* (A prova no juízo Cível, Penal e Tributário. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 18).

premissa a ideia de que a regra jurídica deve ter um sentido aplicável a todos os casos concretos, visando a uma ilusória segurança, mas com alto custo social. Com isso, na busca de certa previsibilidade, não se apercebem os juristas de que estão fechando o caminho para que a regra atenda de modo adequado a certas situações concretas, facilmente tuteladas em podendo o juiz utilizar uma regra de textura flexível, o que se mostra tão mais difícil quanto mais rígida for a interpretação da norma, o que poderá levar a um conflito dela com a sua essência, “com as nossas finalidades de ter ou manter a regra”.²⁷⁹

4.3. Hipóteses de antecipação da tutela

4.3.1. Antecipação da tutela contra o perigo

Relativamente às hipóteses de antecipação, temos a tutela contra o perigo, preventiva, que depende, portanto, da presença de um risco de dano irreparável ou de difícil reparação. No dizer de Teori Zavascki, é o risco concreto (não simplesmente hipotético ou eventual), atual (apresenta-se iminente no curso do processo) e grave (com potencial suficiente para fazer perecer ou prejudicar o direito afirmado pela parte). Se o risco, mesmo grave, não é iminente, não haverá necessidade de concessão da medida.²⁸⁰ Essa hipótese de antecipação pode ser concedida inclusive antes da citação do réu, pois haverá casos em que a espera pela contestação ou pelo menos por

²⁷⁹ Hart, H. L. A., *The concept of law*, Oxford, Clarendon Press, 1993, p. 126/127, *apud* Marinoni, Luiz Guilherme. *Antecipação da Tutela*, cit., p. 219/220.

²⁸⁰ *Antecipação da Tutela*, cit., p. 35/38.

sua manifestação em prazo mais exíguo prejudique o direito alegado na inicial, ou que a citação do réu torne ineficaz a medida, aplicando-se, por analogia, o disposto no art. 804, do CPC.

Para Athos Carneiro, dano existirá na hipótese de a persistência da situação atual, durante o andamento do processo, ser apta a provocar prejuízos de média ou grave monta (prejuízos mínimos, para o jurista, não autorizariam decisões de urgência, a invadir a esfera jurídica do réu) a direito do autor, seja na esfera personalíssima, seja na patrimonial. Trata-se, portanto, de requisito comum às medidas cautelares e à antecipação da tutela.²⁸¹

O risco pode estar presente tanto no dano já concretizado como naquele que ainda não ocorreu. Distingue, assim, Marinoni, a tutela antecipada inibitória e a ressarcitória. Na primeira, o ato contrário ao direito ainda não foi perpetrado, razão pela qual mister a presença de elementos ou circunstâncias de fato que habilitem o juiz concluir, mesmo que fundado em probabilidade, que o ilícito está prestes a ocorrer, estando na iminência de acontecer, razão pela qual justificável a concessão da tutela. O mesmo pode suceder se já foi praticado o ilícito, mas que, por sua natureza, é de provável repetição, caso em que o juiz poderá antecipar a tutela visando a evitar a reiteração da prática ilícita. Como exemplos cita a prática de concorrência desleal ou de

²⁸¹ Da Antecipação de Tutela, cit., p. 32. O autor refere exemplo de situação fática que pode dar ensejo à concessão de cautelar ou antecipação da tutela. Assim, havendo disputa de domínio e posse de bem móvel, o autor poderá requerer medida cautelar de sequestro se apenas acenar com o risco de perecimento do bem se ficar na posse do réu até a solução da lide, caso em que bastará entregar o bem a outrem, na qualidade de depositário judicial; todavia, se o autor acenar com a ocorrência de prejuízos pela privação do uso do bem, não será suficiente o simples sequestro do bem, impondo-se antecipação da tutela para que seja entregue ao autor (p. 33). No mesmo sentido a lição de Marinoni (Antecipação da Tutela, cit., p. 194).

divulgação de notícias ofensivas à personalidade individual, pois em ambos os casos a prática de uma ação inicial ilícita faz presumir que ela se perpetuará no tempo.²⁸²

Na segunda hipótese, temos a tutela reparatória, que pode ser pelo equivalente (antecipação de soma) e na forma específica, mediante uma ordem de fazer ou não fazer, visando a evitar que o dano potencialize-se ou provoque outro dano. O mesmo pode ocorrer nas ações constitutiva ou declaratória, em que o receio de dano está ligado à situação jurídica que depende da constituição ou ao objeto do pedido de declaração. Assim, por exemplo, na pendência de demanda desconstitutiva de contrato de compra e venda, o autor pode postular antecipação da tutela para retomar a posse do imóvel objeto do contrato; ou então, em trâmite ação declaratória de nulidade de título de crédito, decisão que obste ao seu protesto cambial. Nas duas hipóteses, a tutela não antecipa os efeitos declaratórios ou constitutivos, mas apenas o resultado prático da tutela definitiva, o que as aproximaria da zona gris da tutela cautelar.²⁸³

Fala-se de *irreparabilidade* na hipótese de não serem reversíveis as consequências do dano, em que se enquadram os casos de direito não patrimonial (direito à imagem, privacidade, etc.) e de direito patrimonial com função não patrimonial (soma em pecúnia destinada a aliviar necessidade resultante de um ilícito). Também haverá irreparabilidade quando o direito patrimonial não for passível de reparação em dinheiro, ou seja, não pode ser reparado na forma específica. Por seu turno, cogita-se de *difícil reparação* o dano quando a situação econômica do réu não permite presumir

²⁸² Antecipação da Tutela, cit., p. 191/193.

²⁸³ Marinoni, Luiz Guilherme. Antecipação da Tutela, cit., p. 193/194.

que o prejuízo será efetivamente recomposto, ou quando difícil sua individualização ou quantificação com precisão.

4.3.2. Antecipação da tutela baseada na conduta do réu

No tocante ao inc. II – abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu -, Marinoni compara-o ao *référé provision* do direito francês, que permite a antecipação quando a obrigação não é seriamente contestável, que não exige urgência para a concessão da medida. Refere como exemplo de cabimento da medida a hipótese de defesa de mérito indireta (prova ou não contestação do fato constitutivo e exceção fundada em fato extintivo, impeditivo ou modificativo do direito do autor), quando essa for manifestamente infundada, caso em que a instrução terá de ser realizada para a prova da defesa do réu, pelo que deve esse suportar o tempo necessário para tanto. O mesmo pode ocorrer com o autor que, a despeito de dispor de documento escrito, hábil a embasar ação monitória, ocorre ao juízo ordinário e vê seu direito contestado por uma defesa indireta de mérito infundada. Segundo Marinoni, a utilização dessa técnica pelo juiz inverte o ônus do tempo do processo e favorece à conciliação.²⁸⁴ Trata-se, em verdade, de exemplos que identificam o instituto com a condenação com reserva do direito italiano.

²⁸⁴ Antecipação da Tutela, cit., p. 346/351. Marinoni refere que na França Perrot percebeu que a introdução do *référé provision* acelerou o andamento dos processos, vez que “desencorajados os maus litigantes que se esforçavam em fazer o processo durar muito tempo, esperando arrancar concessões de seus adversários” (p. 346).

Também incidirá a hipótese do inc. II quando o réu, a despeito de a demanda fundar-se em jurisprudência pacífica das Cortes Superiores, até mesmo em súmula, apresentar defesa e, posteriormente, recurso, com base em jurisprudência já ultrapassada, com o único desiderato de postergar a solução da causa.²⁸⁵ E para tanto, não se mostra imprescindível a caracterização da má-fé do réu.²⁸⁶ A antecipação também poderá decorrer da atitude do réu que sustenta tese e articula fatos diametralmente opostos à argumentação feita em causa conexa, sem justificar a razão desse descompasso,²⁸⁷ evidenciando a clara intenção de confundir o juízo e protelar o maior tempo possível a solução da causa.

Teori Zavascki sustenta posição isolada na doutrina, pois para ele a só presença de razões infundadas de defesa não justifica a antecipação da tutela, hipótese em que a solução estará no julgamento antecipado da lide. Haveria a necessidade de o réu atuar de forma a retardar maliciosamente o andamento do processo.²⁸⁸ Não há como concordar com esse entendimento, pois nem sempre caberá julgamento antecipado frente a uma defesa infundada, haja vista que, em tese, se as alegações do réu, mesmo aparentemente absurdas, repousam em fatos, ele terá todo o direito à produção da respectiva prova. Do contrário, haverá cerceamento de defesa.

²⁸⁵ Carreira Alvim, CPC Reformado, cit., p. 122.

²⁸⁶ Arruda Alvim. Manual, Manual de Direito Processual Civil, p. 405.

²⁸⁷ Carneiro, Athos Gusmão, Da Antecipação de Tutela, cit., p. 37.

²⁸⁸ Antecipação da Tutela, cit., p. 78. Carlos Alberto de Oliveira também se filia a esse entendimento, com o qual não concordamos, com a devida vênia, ao referir que a atitude do réu de abusar do direito de defesa ou agir de forma manifestamente protelatória implica, em regra, a possibilidade de julgamento antecipado da lide. Tanto é que, se a atitude do réu caracteriza-se pelo requerimento de provas desnecessárias, o juiz deve valer-se do disposto no art. 130, § 2º, do CPC (Alcance e Natureza da Tutela Antecipatória, cit., p. 204).

Sucedem que os juízos de admissibilidade da prova e o da convicção do juiz não se confundem, como infelizmente tem ocorrido na jurisprudência. Na lição de Danilo Knijnik, “são planos diversos que devem ser separados com nitidez. Porém, não raro, observa-se uma assimilação indevida do problema da admissibilidade de uma prova ao problema do livre convencimento. (omissis) Na verdade, se se quiser construir um direito probatório de corte racional, a distinção dos planos é fundamental e deve ser mantida firme. A questão do *juízo de admissibilidade de um meio de prova* nada diz com o *livre convencimento do julgador*. Tampouco pode ser qualificada como simples questão de fato. Ao contrário, o *juízo de admissibilidade* de uma determinada prova é *questão de direito*, e é *preliminar* à entrada em funcionamento do princípio do livre convencimento”.²⁸⁹

Por isso, correto o entendimento de Marinoni de antecipar a tutela em casos tais, partindo-se do pressuposto (que no mais das vezes vem a ser confirmado) de que o réu dificilmente logrará demonstrar os fatos que amparam sua defesa, em sendo manifestamente infundada.²⁹⁰

²⁸⁹ A Prova nos Juízos Cível, Penal e Tributário. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 19 e 21. Essa também é a lição de Taruffo, para quem, ainda que embora o juízo de relevância seja fundado em antecipação hipotética do juízo sobre a mesma no tocante ao fato, seu sucesso deve ser hipotetizado e não valorado, não podendo significar uma valorização antecipada da eficácia da prova (TARUFFO, Michele. La prova dei fatti giuridici. Milano: Giuffrè, 1992, p. 340).

²⁹⁰ Na sentença, verificando o juiz que a defesa do réu, uma vez oportunizada a produção das provas requeridas, era realmente manifestamente infundada, deverá aplicar-lhe as penas da litigância de má-fé, pois mesmo com a antecipação da tutela, o autor ainda teve prejuízo pelo retardo (muitas vezes de vários anos) na solução definitiva da causa, pois aquela decisão não tem o mesmo conteúdo nem os mesmos efeitos de uma sentença definitiva transitada em julgado. Tanto é assim que Alvaro de Oliveira refere que a antecipação da tutela na hipótese do inc. II não tem o condão de punir a litigância de má-fé que normalmente dá ensejo àquela, pois para tanto o CPC dispõe de outras técnicas, nos arts. 16 e 18 (Alcance e Natureza da Tutela Antecipatória, cit., p. 204).

Não é só a atitude endoprocessual do réu, mas também a extraprocessual, que pode dar ensejo à incidência do inc. II do art. 273. Assim, por exemplo, quando o advogado do réu retém os autos em carga por tempo superior ao permitido em lei; quando incorre na prática corriqueira de evitar intimações dos atos processuais, inclusive mudando de endereço sem comunicar ao juízo; presta informações manifestamente equivocadas; impõe obstáculos à realização da prova pericial.²⁹¹

Em regra, para a utilização dessa espécie de tutela antecipada, terá de estar pelo menos finda a fase postulatória, pois só então o juiz terá condições de aquilatar a ocorrência de abuso no direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu, medida que, como referimos, deve ser concedida sem a conjugação com o inc. I, ou seja, independe da presença do perigo em relação ao direito. Ou então na audiência de que trata o art. 331 do CPC, ocasião em que o juiz, não obtida a conciliação, terá de fixar os pontos controvertidos e, à vista das alegações do réu e das provas que pretende produzir, poderá aquilatar com mais propriedade sobre o seu propósito protelatório, por exemplo, arrolando um sem número de testemunhas, todas residentes fora da comarca, algumas delas a serem ouvidas inclusive por carta rogatória, quando os fatos controversos poderiam ser demonstrados por outros meios ou por testemunhas residentes na própria comarca.

²⁹¹ Bertoldi, Marcelo M., Tutela Antecipada. Abuso do Direito e Propósito Protelatório do Réu. In: Aspectos Polêmicos da Antecipação de Tutela. Coord. Tereza Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 318. O autor refere que, na hipótese, é irrelevante que a conduta protelatória não seja sua, mas de seu advogado, vez que é a parte que suporta as responsabilidades, porque, pelo menos, agiu com culpa *in eligendo* na escolha do causídico (fl. 318). Aliás, a prosperar entendimento contrário, o inc. II do art. 273 do CPC seria letra morta, pois sempre é o advogado quem conduz o processo; dificilmente a parte pratica pessoalmente algum ato a caracterizar a hipótese do citado dispositivo.

Excepcionalmente, se a demanda tiver, por exemplo, fundamento em jurisprudência pacífica do plenário do STF ou mesmo súmula, inclusive vinculante, ou então jurisprudência ou súmula do STJ, por certo a defesa do réu será sempre protelatória, pelo que a antecipação poderá ocorrer antes mesmo da citação.²⁹²

Outra hipótese é referida por Nelson Nery Jr., que dá o exemplo do réu que, anteriormente ao ajuizamento da demanda, foi notificado inúmeras vezes visando ao cumprimento da obrigação, reconhecendo por escrito sua existência e postulando prazo para o adimplemento; ou então do réu que prometeu vender imóvel, fixando-se prazo para que o mesmo seja entregue ao autor, mas não o faz, a despeito de lavrada a escritura pública de compra e venda e pago integralmente o preço.²⁹³ Nessas duas

²⁹² As causas fundadas em jurisprudência ou súmula do STF ou STJ, no mais das vezes, são aquelas em que demandado o Poder Público, hipótese em que há a vedação à antecipação da tutela, prevista no art. 1º da lei nº 9494/97, e cuja constitucionalidade foi afirmada pelo STF no julgamento da Medida Cautelar nº ADC nº 4/DF (Relator o Ministro Sidney Sanches, julgada em 11.02.1998, DJ 21-05-1999 PP-00002). O julgamento definitivo da ADC ocorreu em 01.10.2008, não tendo sido, todavia, redigido o acórdão pelo Ministro Celso de Mello, a despeito de já decorridos *três anos* da conclusão do julgamento.

Todavia, o próprio STF tem excepcionado a aplicação desse dispositivo, como, por exemplo, nas causas de natureza previdenciária, quando a pretensão (direito à integralidade da pensão deixada por servidor público) está baseada em jurisprudência consolidada do Plenário. Nesse sentido: “RECLAMAÇÃO ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA ALEGADO DESRESPEITO À EFICÁCIA VINCULANTE DE JULGAMENTO EFETUADO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (ADC 4-DF) PENSÃO POR MORTE DE SERVIDOR PÚBLICO BENEFICIÁRIA QUE TEM 86 ANOS DE IDADE DECISÃO RECLAMADA QUE SE AJUSTA À JURISPRUDÊNCIA DO STF CIRCUNSTÂNCIA QUE RECOMENDA O INDEFERIMENTO DA MEDIDA LIMINAR RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. Não se justifica a concessão de medida liminar, em sede de reclamação, se a decisão de que se reclama embora não observando a eficácia vinculante que resultou do julgamento de ação declaratória de constitucionalidade (CF, art. 102, § 2º) ajustar-se, com integral fidelidade, à jurisprudência firmada pelo Supremo Tribunal Federal no exame da questão de fundo (auto--aplicabilidade do art. 40, § 5º, da Constituição, na redação anterior à promulgação da EC nº 20/98, no caso). A eventual outorga da medida liminar comprometeria a efetividade do processo, por frustrar, injustamente, o exercício, por pessoa quase nonagenária, do direito por ela vindicado, e cuja relevância encontra suporte legitimador na própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal” (Rcl-AgR 1132 / RS, Relator o Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 23/03/2000, DJU 04-04-2003, p. 39).

²⁹³ Atualidades sobre o Processo Civil, 1996, p. 70, *apud* Bertoldi, Marcelo M. Tutela Antecipada, Abuso do Direito e Propósito Protelatório do Réu. In: Aspectos Polêmicos da Antecipação de Tutela. Coord. Tereza Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 327.

situações, a defesa do réu seria infundada, o que permitiria a antecipação da tutela anteriormente à própria citação.²⁹⁴

Também haverá lugar para a antecipação por ocasião da sentença ou em sede recursal. Assim, aportando o processo ao juízo de apelação, poderá o relator “aferir se está havendo abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório”, quando a antecipação “importará, portanto, afastar o efeito suspensivo normal do recurso, permitindo-se a realização prática do determinado no provimento judicial recorrido”.²⁹⁵

Não se afasta, do mesmo modo, a possibilidade de antecipação da tutela pelo próprio juiz, à vista das razões recursais, que se limitam a renovar os argumentos da contestação, já rejeitados pela sentença por inteiro, sob o fundamento de que os fatos lá alegados foram totalmente afastados pela prova dos autos, caracterizando, aliás, a interposição de recurso manifestamente protelatório (CPC, art. 17, VII).

²⁹⁴ Aqui parte-se do pressuposto de não ter havido resposta do réu à notificação endereçada pelo autor. Sempre haverá a possibilidade de ter havido essa contra notificação por parte do réu, mas ainda assim tal fato ser omitido pelo autor na inicial. Com base nessa possibilidade, que infelizmente pode ocorrer na prática, o juiz deverá ter a cautela de exigir caução idônea por parte do autor ou, então, conceder um prazo ao réu para manifestar-se sobre o pedido de antecipação da tutela, que não se confunde com o prazo para responder ao pedido do autor.

²⁹⁵ Alvaro de Oliveira, Carlos Alberto. Alcance e Natureza da Tutela Antecipada, Revista da AJURIS, Porto Alegre, nº 66, mar. 1996, p. 204/205.

4.3.3. Antecipação da tutela ante a incontrovérsia (parcial/total) do pedido ou de um ou mais pedidos cumulados (art. 273, § 6º, do CPC)

Por fim, temos a antecipação da tutela de que trata o art. 273, § 6º, do CPC, na hipótese de incontrovérsia de um ou mais dos pedidos cumulados (ou parcela deles), que Marinoni chama de tutela antecipatória fundada em direito evidente, podendo decorrer da não contestação de determinado fato, do reconhecimento jurídico parcial do pedido, além da possibilidade de julgamento antecipado de parcela do pedido ou de um ou mais dos pedidos cumulados.²⁹⁶ Instituto esse que visa a munir o juiz de uma técnica processual que permita a prestação jurisdicional em prazo razoável, tão-pronto os fatos relevantes estejam esclarecidos, quer dizer, quando a lide estiver madura para julgamento. Garantia essa introduzida expressamente no nosso ordenamento constitucional pela EC nº 45/2004, que agregou ao art. 5º o inc. LXXVIII.²⁹⁷

Na dicção do art. 334, III, do CPC, os fatos admitidos como incontroversos não dependem de prova. Conforme Araújo Cintra, “consiste a admissão no reconhecimento

²⁹⁶ Na primeira hipótese, o réu, em ação de cobrança de R\$ 10.000,00, discute apenas os juros pretendidos pelo autor, sem contestar o capital, que passa a ser incontroverso. Na segunda, o réu reconhece dever apenas R\$ 5.000,00. Não contesta, portanto, os outros R\$ 5.000,00, que se tornam incontroversos. Na terceira hipótese, o juiz aplica o art. 330 do CPC, mas não decide todos os pedidos, antecipando a tutela em relação àquele ou aqueles (ou parte) que não carecem de instrução.

²⁹⁷ Antecipação da Tutela, cit., p. 354/355. Teori Zavascki leciona no mesmo sentido, ao referir que o § 6º do art. 273 do CPC visa a priorizar a celeridade da prestação jurisdicional, que se impõe em vista de um dos aspectos pelos quais se exterioriza o princípio constitucional da efetividade do processo, qual seja, a necessidade de pronta resposta do Estado às demandas que lhe são endereçadas, e que não estará sendo atendido se a demora na prestação jurisdicional resultar de causa injustificada ou irrazoável. Ao revés das hipóteses de antecipação dos incs. I e II do *caput* do 273, em que se busca fixar condições de convivência entre os princípios da segurança jurídica e da efetividade a se confrontar, o caso do § 6º incide em uma situação em que ausente essa colisão de princípios, representando apenas uma “ação afirmativa em benefício do princípio constitucional da efetividade” (Antecipação da Tutela em Face de Pedido Incontroverso. Revista Jurídica, Porto Alegre, nº 301, nov. 2002, p. 30/31).

pela parte da veracidade de afirmações de fato feitas pelo adversário, para colocá-las como pressuposto de suas próprias alegações”, podendo ser levada a efeito oralmente ou por escrito – na primeira hipótese, normalmente por ocasião do depoimento pessoal da parte; no segundo caso, apenas por intermédio do advogado. O caso mais comum de aplicação do citado dispositivo é o de que cogita o art. 326 do CPC, quando o réu, na contestação, “reconhecendo o fato em que se fundou a ação, outro lhe opõe impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor”.²⁹⁸

A disposição legal do § 6º do art. 273 parte da premissa de que o julgamento do mérito deve ser feito em uma única oportunidade, podendo ocorrer que parte do pedido esteja apto a ser decidido antes do restante, que demandará ampla dilação probatória. Problema que se evidencia ainda mais havendo cumulação de pedidos, estimulada pelo sistema e pelo princípio da economia processual,²⁹⁹ e que perderia toda a utilidade prática se, uma vez inviável a cisão do julgamento, não houvesse qualquer remédio apto a compensar o autor pela demora na prolação da sentença. Por isso, a ideia de Marinoni de, inicialmente, tal situação ser solucionada pelo inc. II do art. 273 e, agora, sob os auspícios do § 6º, que previu expressamente a situação questionada.³⁰⁰

²⁹⁸ Cintra, Antonio Carlos de Araújo. Comentários ao Código de Processo Civil. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. IV, p. 28/29. No mesmo sentido a lição de Marinoni, Luiz Guilherme e Arenhart, Sergio Cruz (Manual do Processo de Conhecimento. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 236/237).

²⁹⁹ Na lição de Ricardo Tjader, esse é um dos princípios que justificam a cumulação de pedidos, visando a compatibilizar o atendimento regular dos atos processuais normais com a necessidade de que isso seja feito no menor tempo, com as menores despesas e o menor desgaste humano possíveis”, em contrapartida ao que seria necessário caso cada pedido fosse formulado em uma causa exclusiva (Tjader, Ricardo Luiz da Costa. Cumulação Eventual de Pedidos - Art. 289 do CPC sem segredos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1988, p. 42/43).

³⁰⁰ Antecipação da Tutela, cit., p. 356/357.

Teori Zavascki refere como hipóteses permissivas da aplicação do dispositivo legal em comento a contestação que se funda apenas na negativa de fato notório ou fato que desfrute de presunção legal de verdade; ou então a defesa contrária a decisões do STF em sede de controle concentrado de constitucionalidade, que têm efeito vinculante, assim como contrárias à súmula (agora temos também a súmula vinculante, no STF) ou à jurisprudência firme do STF ou STJ.³⁰¹

O grande mal do qual sofre esse instituto, todavia, é que a doutrina majoritária, presa à sua topologia no código, entende-o como simples **antecipação da tutela**, medida provisória, passível de modificação pelo juiz a qualquer tempo, inclusive na sentença, além de inapta a produzir coisa julgada material. E isso a despeito de a decisão, no caso do § 6º, ser proferida com base em cognição exauriente. Essa é a posição de Marinoni,³⁰² Teori Zavascki³⁰³ e Athos Carneiro,³⁰⁴ entre outros.

Além disso, o conceito de incontrovérsia, exigido para a aplicação do instituto em questão, é bem restrito, tendo pressupostos bem menos amplos do que o julgamento antecipado da lide. Enquanto a incontroversa exige a não contestação de determinado fato ou sua admissão, para que incida o art. 334, III, do CPC, o instituto de que trata o art. 330 do mesmo *codex* pode ser aplicado mesmo havendo contestação do fato,

³⁰¹ Antecipação da Tutela em Face de Pedido Incontroverso, cit., p. 32/33.

³⁰² Antecipação da Tutela, cit., p. 365. Divergimos dos exemplos citados, que mais se amoldam, ao contrário, ao inc. II do art. 273 do CPC. Assim, acenando o réu, por exemplo, contra súmula vinculante, instituto criado pela EC nº 45/2004 e regulamentado pela Lei nº 11.417/2006, abusa do direito de defesa, impondo-se não só o julgamento antecipado da lide, mas também a antecipação da tutela que, como já referimos, independe de perigo, requisito da tutela de urgência de que trata o inc. I do art. 273.

³⁰³ Antecipação da Tutela em Face de Pedido Incontroverso, cit., p. 33/34.

³⁰⁴ Da Antecipação de Tutela, cit., p. 43/48.

desde que seja possível, com base na prova documental carreada aos autos, esclarecê-lo sem a necessidade de realização de audiência.³⁰⁵ Significa dizer que, mesmo havendo controvérsia, possível o julgamento antecipado da lide, ao passo que só se poderá aplicar o instituto de que trata o § 6º do art. 273 quando os fatos não forem controvertidos.

O próprio Marinoni refere que sua ideia, quando das discussões sobre o anteprojeto de reforma do CPC que introduziu a antecipação da tutela, era de que fosse permitido o julgamento antecipado parcial da lide, não simples antecipação da tutela.³⁰⁶ Idêntica é a opinião de Teori, para quem o legislador deveria ter avançado nesse sentido, quando sustenta que “para a imediata tutela da parte incontroversa do pedido, talvez a melhor solução tivesse sido a cisão do julgamento, permitindo sentença parcial, mas definitiva, de mérito”, o que permitiria a prestação jurisdicional definitiva.³⁰⁷

No entanto, parece que a doutrina esquece os ensinamentos de Barbosa Moreira que, ao analisar a criação do *référé* francês e dos *provvedimenti d’urgenza* italiano, ensina que tais medidas devem muito à elaboração jurisprudencial, tendo o primeiro surgido no foro e o segundo foi pelo foro nutrido. “Quem sente necessidade de proteção nem sempre renuncia a pleiteá-la por causa da mera inexistência ou insuficiência dos textos legais; o juiz, por sua vez, nem sempre se deixa paralisar no impulso de fazer

³⁰⁵ Marinoni, Luiz Guilherme e Arenhart, Sergio Cruz. Manual do Processo de Conhecimento, cit., p. 237.

³⁰⁶ Antecipação da Tutela, cit., p. 365/366.

³⁰⁷ Antecipação da Tutela em Face de Pedido Incontroverso, cit., p. 33/34.

justiça pelo simples fato de não encontrar no receituário oficial o medicamento específico apropriado. Ambos procuram remédio no similar que estiver mais à mão”.³⁰⁸

Também nós já dissemos que o legislador, na hipótese do art. 273, § 6º, do CPC, deveria ter permitido ao juiz, por ocasião do saneador, antecipar-se ao julgamento de tal pedido, acolhendo-o, assim, permitindo ao autor, no particular, a abreviação da satisfação de seu direito. Até porque não há razão, no mesmo caso, para que a execução da tutela antecipada, na hipótese do parágrafo 6º, fique condicionada ao disposto no artigo 588,³⁰⁹ pois se trata de exagero exigir do autor a prestação de caução para a execução de pretensão que foi, ainda que implicitamente, reconhecida pelo réu. O legislador deveria ter avançado ainda mais, permitindo que a decisão de que trata o citado § 6º fosse tratada como verdadeira sentença, sujeita ao recurso cabível (apelação, como dispõe o art. 513, do CPC) e, uma vez transitada em julgado, passível de execução definitiva. Ademais, tal deveria ser possível não só na hipótese de pedido incontroverso, ainda que parcial, mas em todas as hipóteses em que, havendo mais de um pedido, a solução, ainda que parcial, de um ou mais deles, não carecesse de dilação probatória.³¹⁰

No mesmo sentido a lição de Fredie Didier Jr., para quem “A mais importante observação que se deve fazer sobre o novo § 6º do art. 273 diz respeito à sua natureza jurídica: não se trata de tutela antecipada, e sim resolução parcial da lide (mérito). A

³⁰⁸ Barbosa Moreira, José Carlos. Tutela de Urgência e Efetividade do Direito. In: Temas de Direito Processual, São Paulo: Saraiva, 2004, Oitava Série, p. 98.

³⁰⁹ Tal dispositivo legal foi revogado pela Lei nº 11.232/2005, que o substituiu pelo art. 475-O.

³¹⁰ Pozza, Pedro Luiz. As novas regras dos recursos no processo civil e outras alterações. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 99/100.

topologia do instituto está equivocada. 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, desgarra-se 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 apreciado. [...]. Como não se trata de provimento antecipatório, a ele não se aplicam os requisitos da tutela antecipada: prova inequívoca, verossimilhança das alegações, fundado receio de dano ou abuso de direito de defesa e manifesto propósito protelatório e, principalmente, o perigo da irreversibilidade, necessidade de requerimento da parte. Não se trata de tutela de urgência, muito menos provisória. Os únicos requisitos para sua aplicação são: a) a incontrovérsia de pedido formulado, ou de parcela dele; b) a desnecessidade de prova em audiência para determinado pedido, ou de parcela dele. Isso é importantíssimo. [...]. Trata-se, na verdade, de mais uma modalidade de “julgamento conforme o estado do processo” (arts. 329 a 331 do CPC). Eis sua topografia ideal”.³¹¹

Para Daniel Mitidiero, cuida-se, em realidade, de mera explicitação positiva, uma vez que autorizadas vozes já se inclinavam a admitir tal expediente em nosso ordenamento antes mesmo da promulgação da referida legislação. Segue dizendo que se trata de *verdadeira resolução do mérito, configurando uma nova modalidade de julgamento conforme o estado do processo, consoante observa ainda Fredie Didier Junior. Se quiséssemos insistir na terminologia legal, poderíamos referir que o art. 273,*

³¹¹ Inovações na antecipação dos efeitos da tutela e a resolução parcial do mérito. GENESIS - Revista de Direito Processual Civil, Curitiba, v. 26, out-dez. 2002, p. 716.

§ 6º, do CPC, limita-se a antecipar o “momento do julgamento” de um dos pedidos cumulados ou de parcela deles, tal como parece preferir Luiz Guilherme Marinoni, adequando a marcha procedimental às especificidades do caso concreto. ³¹²

No mesmo sentido a lição de Leonardo José Carneiro da Cunha, para quem, na hipótese do art. 273, § 6º, do CPC, ainda que não finde o processo, haverá julgamento acerca de parte do mérito, uma vez decidido um dos pedidos ou parte deles. E, frente à incontrovérsia, “haverá juízo de certeza, fundado em cognição exauriente, apta a gerar coisa material”. ³¹³

A solução ora alvitrada foi adotada pioneiramente pela 18ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, sendo pioneiro acórdão por nós relatado, proferido na Apelação Cível nº 70006762470. ³¹⁴

³¹² Sentenças Parciais de Mérito e Resolução Definitiva Fracionada da Causa (Lendo um Ensaio de Fredie Didier Junior). In: Introdução ao Estudo do Processo Civil, Primeiras Linhas de um Paradigma Emergente, Mitidiero, Daniel e Zaneti, Hermes Junior, Sergio Antonio Fabris Editor, 2004, p. 173/174.

³¹³ “O § 6º do art. 273 do CPC: Tutela Antecipada Parcial ou Julgamento Antecipado Parcial da Lide?”, in Revista Dialética de Direito Processual, São Paulo: 2003, v. I, p. 116. O jurista, todavia, entra em contradição, pois ao mesmo tempo em que sustenta possível entender-se a decisão tomada com base no § 6º do art. 273 como julgamento definitivo parcial de mérito, a despeito de sua inserção em dispositivo que trata de antecipação da tutela, prestação jurisdicional provisória, portanto, cede a essa vinculação quando diz que o juiz não poderá aplicar tal disposição de ofício, mas somente a requerimento da parte, justamente em vista da dicção expressa do caput do art. 273 (obra citada, p. 120).

³¹⁴ “CONDOMÍNIO. SÍNDICO. TRANSAÇÃO. ÁREA COMUM. AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO DA ASSEMBLÉIA. NULIDADE. RESOLUÇÃO PARCIAL DO MÉRITO. ART. 273, § 6º, DO CPC. PROCEDÊNCIA. COISA JULGADA AFASTADA. REMESSA À INSTRUÇÃO. Hipótese em que a inicial formula pedidos cominatórios e de desconstituição de transação judicial, pedido esse prejudicial ao primeiro. Sentença que repeliu os defeitos da transação e, via de consequência, extinguiu o pedido cominatório, em vista do reconhecimento da coisa julgada. Convenção condominial registrada antes da escritura que outorgou o domínio da unidade condominial à apelada, na qual constou claramente que a garagem é coletiva e, pois, de uso comum, pelo que prevalece sobre o ato notarial que, equivocadamente, fez constar a parte ideal da condômina na garagem como se fosse área privativa. Transação nula, ainda que homologada em juízo, vez que o síndico, sem autorização da assembléia geral de condôminos, não pode transigir acerca de área de uso comum. Apelo visando à desconstituição do acordo acolhido, via resolução parcial do mérito, nos termos do art. 273, § 6º, do CPC. Procedência do

No primeiro grau, a primeira sentença parcial (processo nº 001/1.05.2267650-6, Quinta Vara da Fazenda Pública, julgado em 14.03.2006) foi desconstituída pela Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça gaúcho (Apelação Cível nº 70017516881, Relator o Des. Leo Lima, julgada em 16.05.07, tendo o acórdão transitado em julgado).³¹⁵

O mesmo ocorreu com outra sentença (processo nº 001/1.10.0181801-7, Oitava Vara Cível). Interposta apelação pelo réu, foi a sentença parcial desconstituída pela Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça gaúcho (apelação cível nº 70040972861, Relator o Des. Gelson Stocker, julgada em 27.04.2011). O acórdão, todavia, foi objeto de recurso especial interposto pelo autor, admitido pela Terceira Vice-presidência da Corte (processo nº 70043099431), estando atualmente no Superior Tribunal de Justiça aguardando distribuição (REsp nº 1281978, 3ª Turma, Relator o Min. Ricardo Villas Bôas Cuevas).

Na mesma unidade jurisdicional, proferimos outra sentença parcial (processo nº 001/1.09.0330089-7), que foi objeto de recurso de apelação de ambas as partes,

pedido prejudicial com conseqüente afastamento da coisa julgada em relação ao pedido cominatório, a ser resolvido oportunamente pelo juiz *a quo*, após ampla dilação probatória, especialmente prova pericial, em vista da controvérsia fática existente. RECURSO PROVIDO EM PARTE. UNÂNIME”. (Apelação Cível Nº 70006762470, Décima Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Pedro Luiz Pozza, Julgado em 04/03/2004).

³¹⁵ É a seguinte a ementa do julgado: “AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. PROCESSUAL CIVIL. A NÃO QUANTIFICAÇÃO DO PEDIDO, RELATIVAMENTE AOS DANOS MORAIS, NÃO IMPLICA A INÉPCIA DA INICIAL, PRESUMINDO-SE QUE O AUTOR DEIXOU SUA FIXAÇÃO AO ARBÍTRIO JUDICIAL. PEDIDOS CUMULADOS. POSSIBILIDADE DE SER PROFERIDA SENTENÇA PARCIAL, EM CARÁTER DEFINITIVO, ATACÁVEL VIA APELAÇÃO, RELATIVAMENTE AO PEDIDO QUE NÃO DEMANDA DILAÇÃO PROBATÓRIA. LIÇÕES DA DOUTRINA NACIONAL E ESTRANGEIRA E DA JURISPRUDÊNCIA. DIREITO DA PARTE À DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO E AOS MEIOS QUE A ASSEGUREM. JULGAMENTO IMEDIATO DO PEDIDO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS, COM INSTRUÇÃO DO PEDIDO DE DANOS MORAIS. PEDIDO APRECIADO PARCIALMENTE PROCEDENTE.”

julgados em 29.09.2011, sendo afirmada a possibilidade de prolação da sentença parcial de mérito (Apelação Cível nº 70042280966, Decima Câmara Cível, Relator o Des. Ivan Balson Araújo, decisão unânime).³¹⁶

³¹⁶ É a seguinte a ementa do acórdão, publicado no Dje de 07/10/2011: “APELAÇÃO. RESPONSABILIDADE CIVIL. DESERÇÃO. Prefacial contrarrecursal afastada. RESOLUÇÃO PARCIAL DE MÉRITO. *A resolução parcial do mérito permite uma maior concretização do direito material, atendendo perfeitamente aos princípios da economia processual, celeridade e efetividade da prestação jurisdicional.* ADULTERAÇÃO DE CHEQUE FURTADO. DANOS EXTRAPATRIMONIAIS CONFIGURADOS. A responsabilidade dos codemandados não decorre da adulteração do cheque, mas do descumprimento do dever de guarda do título e da omissão em não comunicar a emitente da cártula furtada, a tempo, para que ela pudesse tomar uma providência junto à instituição financeira, no sentido de evitar a compensação, concorrendo, assim, para a ocorrência do evento danoso. O dano moral resta configurado pelos transtornos e incômodos causados pela situação a que a autora - pensionista do INSS - fora submetida ao ver descontado cheque de quantia vultosa de sua conta-corrente, considerados seus módicos vencimentos. O ato praticado atingiu direito personalíssimo da parte (verba alimentar), ultrapassando, assim, o limite do mero aborrecimento. Dever de indenizar reconhecido. QUANTUM INDENIZATÓRIO MAJORADO. O valor da indenização deve se mostrar adequado, a fim de atender aos objetivos da compensação do dano e o caráter pedagógico, levando-se em conta, ainda, os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. DANO MATERIAL. Sendo inequívoco o prejuízo material sofrido pela autora diante da compensação de cheque em valor superior ao efetivamente devido pelo serviço prestado, os codemandados devem também responder pelo valor sacado indevidamente, acrescidos dos encargos cobrados enquanto negativa a conta-corrente. juros de mora. Incidem juros moratórios de 1% ao mês desde a citação, no caso de dano patrimonial. Exegese do art. 405, CCB. RECURSO DOS RÉUS DESPROVIDO. APELO DA AUTORA PARCIALMENTE PROVIDO” (o grifo é nosso).

CAPÍTULO V

5. A sentença parcial de mérito

5.1 As sentenças parciais de mérito no processo civil brasileiro

Vários são os procedimentos que convivem com sentenças parciais, reconhecidos pela doutrina no processo civil brasileiro.

Entre eles podemos enumerar a ação de prestação de contas, a ação de consignação em pagamento fundada em dúvida sobre quem seja o credor, a ação de divisão e a ação de demarcação. Além disso, sempre será parcial a sentença que, condenando o réu ao pagamento de quantia, não fixa o *quantum debeatur*, limitando-se ao *an debeatur*, carecendo, portanto, de posterior liquidação. E, por razão lógica, será parcial também a decisão da liquidação.

Todos esses procedimentos especiais referidos dividem-se em duas fases distintas, ambas concluídas por uma sentença, portanto, apelável, só se podendo iniciar a segunda fase após o trânsito em julgado do *decisum* proferido na primeira. Já na sentença cuja liquidação é imprescindível, até o advento da lei nº 11.232/05, seu trânsito em julgado era requisito para o início da liquidação.³¹⁷

³¹⁷ Ou pelo menos o julgamento da apelação, recurso com efeito suspensivo, vez que possível a liquidação na pendência de recurso especial e/ou extraordinário, destituídos de efeito suspensivo.

Todavia, com a vigência do diploma que instaurou a fase de *cumprimento da sentença*, não só passou a ser possível a liquidação na pendência de qualquer recurso, inclusive apelação (art. 475-A, § 2º), como deixou de ser sentença, pelo conceito do código, o ato judicial que julga a liquidação (art. 475-H), passando à condição de mera decisão interlocutória, atacável por agravo de instrumento. De qualquer sorte, em todos esses procedimentos a sentença da primeira fase é preliminar à segunda fase e, portanto, à próxima sentença (ou decisão, no caso da liquidação), sendo, pois, a primeira condição de existência da segunda. Vejamos algumas peculiaridades de cada um deles.

5.1.1 Ação de consignação em pagamento fundada em dúvida em relação ao credor

Nesse procedimento, regulado especialmente pelos arts. 895 e 898 do CPC, tem lugar a consignação em pagamento quando, na letra do art. 895, houver *dúvida sobre quem deva legitimamente receber o pagamento*, hipótese em que o devedor postulará a citação dos que disputam a importância ou a coisa devida.

Na lição de Adroaldo Fabrício, não se trata do caso em que o devedor sabe a quem pagar, quando a consignação fundar-se-á nas hipóteses do art. 335, incs. I a III do Código Civil ³¹⁸, em decorrência da *mora in accipiendo*. Ao contrário, “o devedor não pode pagar, ou pelo menos não o pode fazer com segurança, por ignorar quem seja o credor. Essa ignorância (ou incerteza, ou dúvida) pode ser de diversos graus: (a)

³¹⁸ Que correspondem aos incs. I a III do art. 973 do Código Civil revogado.

absoluta, dizendo respeito à própria existência de algum credor já determinado (*unus ex publico*); (b) *absoluta* quanto à identidade do credor, embora certa sua existência (e.g., o devedor sabe ter ocorrido sucessão no crédito mas ignora a identidade do sucessor); (c) *relativa*, emergente da pluralidade de pretendentes ao pagamento, que mutuamente se pretendem excluir, e (d) *relativa*, resultante da configuração imprecisa ou dúbia do título, ou da representação que dele faz o devedor”.³¹⁹

Já o art. 898, que deveria estar após o 895, também do CPC, regula as várias soluções decorrentes da ausência de contestação, do comparecimento de um só pretendente ao depósito, ou de mais de um. A hipótese que nos interessa é a última, que faz incidir a parte final do art. 898 do CPC, cindindo-se o procedimento por uma sentença liberatória do devedor, excluído da relação processual, prosseguindo a lide tão-somente entre os sedizentes credores. Nesse caso, a ação consignatória tem seu termo, pois atingido seu desiderato primordial, acerca da qual nada mais há a prover.

A despeito de não ser isenta de críticas, essa é a solução encontrada pelo legislador, ou seja, tratar o devedor como estranho à disputa a ser travada entre os pretendentes ao depósito, só instaurável uma vez encerrada a primeira fase do procedimento, o que só ocorre com o trânsito em julgado da sentença reconhecendo a procedência do pedido do devedor e a subsistência do depósito.

³¹⁹ Fabrício, Adroaldo Furtado. Comentários ao Código de Processo Civil. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988, v. VIII, t. III, p. 106/107.

A sentença que julga a consignatória propriamente dita é apelável. No ponto, discordamos frontalmente de Adroaldo Fabrício, quando sustenta que, mesmo em se tratando de sentença, com conteúdo de mérito, seria atacada por agravo de instrumento, uma vez não encerrado o processo.³²⁰

Ovídio Baptista não se posiciona exatamente sobre o assunto, em que pese em várias passagens de seus *Comentários* faça referência ao termo *sentença*, e não a *decisão interlocutória*. Pende, assim, para a primeira hipótese, pois quando fala da situação que pode ocorrer em vista da posição dos réus, que tanto podem limitar-se a disputar entre eles o depósito, ou insurgir-se contra a própria pretensão consignatória do autor, diz o jurista que “A sentença terá de decidir sobre essas duas ordens de controvérsias”. Prossegue afirmando que “o juiz sentenciará declarando efetuado o depósito e extinta a obrigação, prosseguindo o processo entre os credores na forma de um concurso de preferência”. Todavia, termina asseverando ser correto o entendimento de que a *decisão* de que trata o art. 898 do CPC finda a primeira fase do processo, remetendo à segunda o exame e *decisão* sobre a disputa entre os credores, ressaltando que, a despeito disso, a demanda prossegue, não se cogitando de uma nova, diversa da primeira. Mas retoma o termo *sentença* quando deixa claro que “O provimento indicado no art. 898 tem o sentido de uma *sentença parcial* que decide uma fração da lide consignatória, sem contudo encerrar a relação processual”.³²¹

³²⁰ Obra citada, p. 139/140. Cai em contradição o jurista, pois a hipótese é exatamente igual à ação de prestação de contas em que o juiz, numa primeira fase, através de sentença, decide sobre se são ou não devidas as contas; e noutra fase, em nova sentença, decide sobre as contas prestadas. E nesse caso, com fundamentos totalmente opostos aos utilizados em relação à consignatória, leciona que o recurso cabível contra a primeira sentença é o de apelação (obra citada, p. 336).

³²¹ Comentários ao Código de Processo Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 74/77.

Sucedem que mesmo antes da reforma levada a efeito pela Lei nº 11.232/05, o nosso Código não observava, fielmente, o critério topológico do ato judicial para sua caracterização. Tanto é que sentença havia, e há, apelável, em outros procedimentos especiais, como a que julga a primeira fase da ação de prestação de contas, assim como a que determina a divisão ou a demarcação de um imóvel. E nenhuma delas encerra o processo, vez que esse prossegue com a segunda fase, findando com uma segunda sentença. Ademais, dominante o entendimento jurisprudencial no sentido do cabimento de apelação.³²²

³²² Nesse sentido pesquisa feita no site do Tribunal de Justiça gaúcho no dia 22.01.2007, em que só se encontram acórdãos proferidos em apelação, que tratem do art. 898 do CPC. Um deles está assim ementado: "APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CONSIGNATÓRIA FUNDADA NA DÚVIDA SOBRE QUEM DEVA RECEBER O PAGAMENTO. CONTRIBUIÇÃO SINDICAL. COMPARECIMENTO DE MAIS DE UM PRETENDENTE. EXTINÇÃO DA OBRIGAÇÃO. Fundando-se a demanda consignatória na dúvida de quem deva receber o pagamento, a lide se resume na existência ou não desta. Comparecendo ao processo mais de um pretendente ao pagamento, tem aplicação o art. 898 do CPC, declarando-se extinta a obrigação, continuando o processo para elucidar-se o credor. Recurso adesivo do Município provido. Desprovido o recurso da Federação dos Municípios. Prejudicado o reexame necessário. (Apelação e Reexame Necessário Nº 70009675596, Vigésima Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marco Aurélio Heinz, Julgado em 06/10/2004)".

Mais recentemente, há outro acórdão sobre o tema, também proferido em sede de apelação (Apelação Cível Nº 70035473727, Décima Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Liege Puricelli Pires, Julgado em 14/10/2010).

Há um acórdão do Tribunal de Justiça do Paraná, todavia, que, citando a doutrina de Adroaldo Fabrício, conheceu de apelação interposta contra a sentença de que trata o art. 898 do CPC como agravo de instrumento, com a seguinte ementa: "PROCESSO CIVIL SEGURO DE VIDA AÇÃO DE CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO POR DÚVIDA SOBRE QUEM DEVA RECEBER (ART. 898, CPC) "SENTENÇA" (DECISÃO) MANTENDO O DEVEDOR NO PROCESSO PARA DISCUSSÃO DO QUANTUM DA OBRIGAÇÃO APELO RECURSO IMPRÓPRIO FUNGIBILIDADE PRAZO MENOR INOBSERVADO IRRELEVÂNCIA PRECEDENTES DO STJ -. APELAÇÃO CONHECIDA COMO AGRAVO DE INSTRUMENTO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. AGRAVO RETIDO NÃO CONHECIDO. I Correto manter na lide para discussão do quantum devido impugnado (art. 899), o autor que consigna em face de dúvida a quem deva pagar, deixando de excluí-lo na primeira fase do processo (art. 898). II É dever do advogado conhecer o direito e saber distinguir entre decisão interlocutória e sentença, mas também é obrigação do judiciário decidir de modo a não gerar qualquer dúvida, seja quanto ao veredicto posto, seja em relação à condução do processo, não sendo justo imputar somente ao advogado a responsabilidade pelo erro quando de certo modo, também a máquina judiciária concorreu para que se verificasse. III "Aplica-se no caso o princípio da fungibilidade, uma vez presente dúvida objetiva a respeito do recurso cabível, e também por incurrir erro grosseiro e má-fé, sendo dispensável o pressuposto do prazo menor como requisito". (STJ, RESP 113443/PR 4ª Turma, Rel. p/o Ac. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira DJU 01.07.2004 p. 00195) 16ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 0232813-8, Relator o Des. Gamaliel Seme Scaff, julgada em 20/04/2005, Dados da Publicação: DJ: 6868).

No mesmo sentido, acórdão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, assim ementado: "Consignação em pagamento Disputa entre credores Extinção da obrigação e prosseguimento do feito Apelação não

O STJ decidiu algumas vezes sobre a aplicação do art. 898 do CPC, deixando clara a distinção entre a primeira e a segunda fase da consignatória. Tanto é que a maioria resolveu que, decidindo o juiz pela extinção da obrigação do devedor-autor, esse tem direito a honorários, que serão deduzidos do depósito; na segunda fase, o credor a quem for atribuído o depósito deverá ser ressarcido do que pagou. Ainda que não se tenha discutido exatamente sobre o recurso cabível, assim como a natureza jurídica do ato judicial que decide a primeira fase, pode-se inferir do primeiro julgamento que a opção foi pela sentença, atacada por apelação. Tanto que no Tribunal de Alçada de Minas Gerais, onde julgado o recurso, conheceu-se como apelação de agravo de instrumento interposto contra essa decisão.³²³

conhecida. Decisão cassada, de ofício” (Apelação Cível nº 1.0000.00.227940-4/000, Quinta Câmara Cível, Relator o Des. HUGO BENGTTSSON, julgado em 04/10/2001, Data da publicação: 30/11/2001).

³²³ “PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CONSIGNATÓRIA. DUPLA FASE. SUCUMBÊNCIA. EXTINÇÃO DA OBRIGAÇÃO EM FAVOR DO DEVEDOR PELO PAGAMENTO MEDIANTE DEPÓSITO EM JUÍZO. CUSTAS E HONORÁRIOS REPARTIDOS PROPORCIONALMENTE PELOS RÉUS. PROSSEGUIMENTO DA LIDE ENTRE ELAS EXCLUSIVAMENTE, PARA DEFINIÇÃO DA TITULARIDADE SOBRE O CRÉDITO CONSIGNADO. CPC, ART. 898. CONDENAÇÃO DO VENCIDO EM SUCUMBÊNCIA EM PROL DO CREDOR VERDADEIRO, RELATIVAMENTE À SEGUNDA FASE DA LIDE. RESSALVA, AINDA, DE RESSARCIMENTO, MEDIANTE AÇÃO PRÓPRIA, DOS HONORÁRIOS QUE O CREDOR VENCEDOR PAGOU AO AUTOR, NA PRIMEIRA ETAPA DO PROCESSO CONSIGNATÓRIO.

I. Se o objeto da ação consignatória é, na espécie em comento, o de desonerar o devedor do encargo do pagamento das contribuições legalmente devidas, em razão de dúvida relevante acerca do destinatário da verba, ou seja, o credor, sendo que uma pluralidade deles se apresenta para recebê-la, uma vez reconhecida judicialmente a fundada existência da dúvida a justificar o exercício do direito de ação pelo Banco devedor, a relação litigiosa, no que pertine ao autor, termina. E, como houve litígio, devidos são-lhe os honorários de sucumbência e o ressarcimento das custas processuais, em respeito ao art. 20 do CPC.

II. A lide prosseguirá, mas apenas entre os réus, já que mais de um deles se diz credor da obrigação. E o vencido - aquele a quem não for atribuído o crédito - responderá perante o vencedor pela respectiva sucumbência, bem assim estará passível de lhe ressarcir o que teve de arcar, na primeira fase, a título de igual sucumbência frente ao autor, o que poderá ter lugar nesta mesma ação.

III. Recurso especial conhecido pela divergência e parcialmente provido” (REsp 109.868/MG, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, julgado em 15.02.2000, DJ 22.05.2000 p. 112).

Do acórdão do STJ não consta nenhuma referência à fundamentação do acórdão recorrido, da qual se possa depreender as razões pela quais optou por conhecer do agravo como apelação. Consta do voto vencido em parte do Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira a afirmação de que não cabem honorários na primeira fase porque seria decidida por mera decisão interlocutória. Dos demais votos, todavia, não consta nenhuma afirmação sobre a natureza jurídica do ato judicial, ainda que dos respectivos fundamentos, como já dissemos, possa-se inferir que a opção foi por *sentença*.

Não há, com a devida vênia, como entender-se que se trata de mera decisão interlocutória, pois a estrutura da consignatória, no caso, é idêntica à das demais demandas que, como já referido, dividem-se em duas fases estanques, ambas findando por *sentença*. Ainda mais no caso da consignatória, em cuja segunda fase não estará o autor, pois excluído da relação processual pela primeira sentença, limitando-se os credores (réus na primeira fase) a disputar o depósito, cuja solução, aliás, não interessa ao credor. ³²⁴

Mais recentemente, o STJ referiu persistir na Corte Superior, assim como na doutrina, a dúvida acerca do recurso cabível na espécie. Nesse sentido: LOCAÇÃO. PROCESSUAL CIVIL. ALEGADA AFRONTA AOS ARTS. 162, §§ 1.º E 2.º, 522 E 898 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. RECURSO CABÍVEL DA DECISÃO QUE HOMOLOGA O DEPÓSITO E EXCLUI O AUTOR DA LIDE. APELAÇÃO OU AGRAVO. DÚVIDA OBJETIVA CARACTERIZADA. 1. A matéria relativa ao recurso cabível contra a decisão que homologa o depósito na ação de consignação em pagamento não está pacificada na doutrina, caracterizando dúvida objetiva capaz de justificar a aplicação do princípio da fungibilidade. 2. Esta Corte já se pronunciou no sentido de que a ação consignatória, por sua natureza, enseja dúvida quanto ao recurso cabível para impugnar a decisão que homologa o depósito e exclui o devedor da lide. 3. Recurso especial provido. (REsp 914.438/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 26/10/2010, DJe 22/11/2010).

Assim, foi provido recurso interposto contra acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo que não conheceu de agravo de instrumento interposto contra a *sentença* que apreciou a primeira fase da consignatória, por entender cabível apenas o recurso de apelação.

³²⁴ Ovídio Baptista refere, no entanto, a hipótese de, na segunda fase, surgir outro credor que não foi demandado pelo autor da consignatória, na condição de oponente, sustentando não somente a sua legitimidade para ser-lhe atribuído o depósito, mas também sua insuficiência. Nesse caso, o autor da consignatória teria de fazer parte da lide, o que afastaria a conclusão de que a primeira sentença excluiu-o da relação processual (Comentários, cit., p. 77).

Discordamos, entretanto, dessa assertiva, pois uma vez encerrada a primeira fase da consignatória por sentença transitada em julgado, inviável a rediscussão do *decisum*, por força da coisa julgada. Assim, quando muito um credor não citado poderia disputar, via oposição, a titularidade do crédito, mas só com os credores que acorreram à consignatória. Se entende que ele é insuficiente, em sendo vencedor da oposição, deverá voltar-se contra o devedor, em outra demanda, visando à sua complementação, vez que a sentença da primeira fase, mesmo reconhecendo extinta a obrigação, não faz coisa julgada em relação ao credor não citado, nos termos do art. 472 do CPC.

Isso significa que a sentença que julga procedente a primeira fase, liberando o devedor, afasta-o definitivamente da relação processual instaurada com os réus, ainda que algum credor não citado possa vir a juízo discutir a sua relação jurídica com o devedor, inclusive e especialmente alegando a insuficiência do depósito, mas isso em outro processo, pois a consignatória propriamente dita está extinta.

5.1.2 A ação de prestação de contas

A ação de prestação de contas também é daquelas que pode desdobrar-se em duas fases distintas, ambas julgadas por sentenças parciais de mérito. Assim ocorre na hipótese do art. 915, § 2º, do CPC, que resulta da revelia do réu ou da sua negativa quanto à obrigação de prestar contas.³²⁵

Nesse caso, duas são as possibilidades que se abrem ao juiz. Uma delas, que encerra definitivamente o processo, é a hipótese de extinção sem julgamento do mérito ou de improcedência do pedido, caso em que uma só sentença será proferida e, portanto, apelável.

Interessa-nos a segunda hipótese, de procedência do pedido de prestação de contas, caso em que o juiz proferirá *sentença* na qual condenará o réu a prestar as contas, ato judicial que “não se limita a declarar o direito do autor às contas: *condena* o réu a prestá-las, sob a cominação prevista no mesmo dispositivo” (art. 915, § 2º) e que, a rigor, não seria sentença no sentido exato do art. 162, § 1º, do CPC, pois não extingue o processo, devendo prosseguir com outros atos (julgamento das contas),

³²⁵ Outras duas podem ser as atitudes do réu, como pondera Adroaldo Fabrício. Uma delas prevista em lei, ou seja, a apresentação das contas, sem contestação quanto à obrigação de prestá-las, e que está regulada pelo art. 915, § 1º, do CPC, hipótese em que o juiz passa desde logo à análise das contas, e uma só sentença será proferida, declarando a existência de saldo credor em favor de qualquer das partes. A outra, não pensada pelo legislador, mas não vedada e perfeitamente possível, é a contestação com apresentação das contas. Seria o caso do réu, no dizer de Ernane Fidelis (*apud* Fabrício, cit., p. 329), que alega sempre ter estado à disposição do autor para prestar as contas, que, todavia, furtoou-se a tomá-las. Outro exemplo, agora do próprio Fabrício, seria quando a divergência das partes reside nas próprias contas, mas não na obrigação de prestá-las. Nesse caso, o réu vem a juízo sem negar a obrigação, mas diz que não pôde prestar as contas porque o autor não as aceitou na forma pretendida. Assim, o réu deveria contestar alegando a carência da ação pela ausência de interesse processual e reconvir ofertando as suas contas. Portanto, provado o fato em que se funda a defesa do réu, seria caso de carência da ação do autor e procedência da reconvenção (cit., p. 329/331).

ainda em primeiro grau de jurisdição, e no mesmo caderno processual, levando alguns julgados a sustentar o cabimento do recurso de agravo, não de apelação. Todavia, além de haver outras sentenças que não encerram o processo, a ação de prestação de contas tem estrutura procedimental própria, desenvolvendo-se em duas fases perfeitamente diversas, só podendo a segunda iniciar depois de resolvida a primeira e na dependência dessa. Assim, mesmo havendo um só processo, a sua divisão em estágios é tão marcante que o ato final do primeiro equivale àquele que define o § 1º do art. 162, “como se houvesse dois processos sucessivos”.³²⁶

Não há dúvida na doutrina acerca da natureza do ato judicial que julga a primeira fase da ação de prestação de contas, referindo-se Ovídio às lições de Pontes de Miranda e Ernane Fidélis dos Santos.

Para aquele, “os dois provimentos, seja o que julga as contas, seja o que decide sobre a obrigação de prestá-las, findando a primeira fase, são sentenças impugnáveis via apelação, mesmo que, nesse caso, o ato judicial não ponha fim ao processo, como exige o art. 162, § 1º, do CPC”.³²⁷

³²⁶ Fabrício, Adroaldo, cit., p. 335/336. Note-se que o jurista refere-se à redação do art. 162, § 1º, do CPC, anterior à Lei nº 11.232/05, pois até então a sentença era tida como o ato que encerrava o processo, conceito que hoje não mais é adotado pelo código, ao menos em relação à decisão de mérito (art. 269).

³²⁷ Silva, Ovídio Baptista. Comentários ao Código de Processo Civil, cit., p. 184/185. Novamente faz-se a mesma ressalva em relação à referência feita por Adroaldo Fabrício ao art. 162, § 1º, vez que ambos os juristas referem-se à redação anterior à lei nº 11.232/05.

5.1.3 As ações de demarcação e divisão de terras particulares

Trata-se de demandas com regras similares, tanto que reguladas em um único capítulo (VIII) do título I do livro II, inclusive com disposições gerais atinentes às duas lides (seção I). Aliás, esse tratamento conjunto vem desde o direito romano,³²⁸ tanto que respeitável doutrina chega ao ponto de tratar a demarcatória como uma espécie de ação divisória.³²⁹

A primeira cabe ao proprietário para obrigar seu confinante a estrear os respectivos prédios, com o estabelecimento de novos limites entre ambos ou o restabelecimento dos que desapareceram. A segunda é a ação de que dispõe o condômino para compelir os demais a partilhar a coisa comum. Além disso, prevê o CPC, em seu art. 947, a possibilidade de cumulação das duas demandas, processando-se primeiramente a demarcação parcial ou total da coisa comum.

Ambos procedimentos são divididos em duas fases distintas. A primeira, decidida por sentença se é procedente ou não a pretensão à demarcação, fixando a linha demarcanda, no primeiro caso, ou à divisão. Na segunda, o juiz leva a cabo a tarefa demarcatória ou divisória, se de procedência a primeira.

³²⁸ Silva, Ovídio Baptista. Comentários ao Código de Processo Civil, cit., p. 395.

³²⁹ Glück (*Commentario alle pandette*), Francisco Morato (Da prescrição das ações divisórias), Humberto Theodoro Junior (Terras particulares - demarcação, divisão e tapumes), *apud* Silva, Ovídio Baptista da. cit, p. 395. Discorda o jurista, todavia, da ideia de considerar a demarcatória uma espécie do gênero das ações de partilhas, entre as quais figura a divisória, pois mesmo que totalmente desconhecidos os limites entre os prédios a serem demarcados e impossível descobrir-se a linha divisória entre ambos, seria exagero afirmar que a confusão dos limites gerasse uma comunhão sobre a área onde a linha demarcanda devesse localizar-se (p. 395/396).

Na demarcatória, a sentença da primeira fase é proferida depois de realizados os trabalhos de campo de que trata o art. 957 do CPC. A sentença que porventura julgar procedente a demanda,³³⁰ fixará desde logo o traçado da linha demarcanda. Sendo sentença, de eficácia declaratória e constitutiva de menor intensidade,³³¹ mesmo que não finde o processo, é atacável por apelação, pois decide o mérito da causa.³³²

E uma vez transitada em julgado a primeira sentença, a ela segue-se a segunda fase procedimental, de natureza *executiva*, não execução, muito menos de mera atividade administrativa,³³³ regulada pelos arts. 959 a 966 do CPC, encerrado por outra *sentença*, no dizer expresso desse último artigo e, obviamente, também apelável,³³⁴ apta a produzir coisa julgada material, viável de ataque apenas pela via da ação rescisória.³³⁵

³³⁰ Não se descarta, logicamente, a possibilidade de a sentença da primeira fase ser de improcedência ou de extinção sem julgamento do mérito, caso em que não haverá segunda fase. A procedência daquela é *preliminar* (não prejudicial) da segunda fase, ou seja, condiciona sua *existência*.

³³¹ Silva, Ovídio Baptista. Comentários ao Código de Processo Civil, cit., p. 439.

³³² No mesmo sentido a lição de Hamilton de Moraes e Barros, para quem a decisão proferida na primeira fase da demarcatória, que chama de contenciosa (a outra ele tacha de administrativa) é apelável, como qualquer outra sentença (Comentários ao Código de Processo Civil. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988, p. 100/103).

³³³ Silva, Ovídio Baptista, op. cit., p. 439.

³³⁴ Essa sentença, ainda que chamada pelo art. 966 de *homologatória*, não tem, conforme Pontes de Miranda, apenas esse caráter, como se fosse algum ato ou negócio jurídico privado por ela judicializado. Ao revés, ela é *integrativa e legitimadora dos atos executórios da demarcação* (*apud* Silva, Ovídio Baptista. Comentários ao Código de Processo Civil, cit., p. 454).

³³⁵ Moraes e Barros, Hamilton. Comentários ao Código de Processo Civil, cit., p. 121.

Já na ação divisória, a primeira fase finda com a sentença que julga procedente a pretensão à divisão do imóvel,³³⁶ realizada antes dos trabalhos de campo, ou seja, da nomeação do agrimensor e dos arbitradores, ao contrário da demarcatória, cuja primeira fase não pode ser julgada sem essa providência, pois na primeira sentença deverá constar o traçado da linha demarcanda.³³⁷

A segunda fase, à semelhança da demarcatória, termina com uma sentença homologatória da divisão, prevista no art. 980, *caput*, do CPC. Sentença essa de eficácia preponderantemente executiva, com importante carga constitutiva e declaratória, produzindo coisa julgada e só podendo ser desconstituída via ação rescisória.³³⁸ E por ser sentença, atacável pela via da apelação.

5.1.4 A sentença sujeita à liquidação e a que decide a liquidação

Trata-se de procedimento regulado, até a lei nº 11.232/05, pelos arts. 603 a 611 do CPC, incluídos no livro II do Código, que trata do Processo de Execução, e que visa a suprir a deficiência da sentença genérica proferida no processo de conhecimento,

³³⁶ Assim como na demarcatória, é possível que o processo não vá à segunda fase, na hipótese de sentença de extinção do processo, sem julgamento do mérito ou de improcedência da demanda. Novamente aqui se assevera: a sentença de procedência na primeira fase, determinando-se a divisão do imóvel, é preliminar à segunda fase, ou seja, condição para sua existência.

³³⁷ Note-se que o legislador não determina a incidência na ação divisória do art. 956 do CPC, aplicável, portanto, apenas à demarcatória, onde os trabalhos de campo são imprescindíveis ao julgamento da primeira fase. Isso, todavia, não impede que, sendo aplicáveis à ação divisória as regras do procedimento ordinário, o juiz determine, sendo necessário, realização de perícia antes de decidir a primeira fase (que poderá redundar inclusive em julgamento da improcedência), prova essa que, todavia, não se confunde com os trabalhos de que tratam os arts. 969 e seguintes do CPC.

³³⁸ Silva, Ovídio Baptista. Comentários ao Código de Processo Civil, cit., p. 479.

que, conforme o art. 475-A, do CPC, “não determina o valor devido”,³³⁹ caso em que esse será apurado em liquidação.

Considerando que nem todas as sentenças são precisas acerca da prestação devida, são divididas, no ponto, em líquidas e ilíquidas, somente as primeiras exequíveis, sendo a segunda incompatível com a fase de execução, prestando-se tão-somente a reconhecer que o vencido deve algo ao vencedor, sem que tal esteja quantificado no *decisum*. Portanto, como o juiz da fase de execução não vai julgar, limitando-se a tornar efetivo o já decidido, mister que se determine claramente o que e o quanto é devido.³⁴⁰

Com a novel legislação, o procedimento passou para o livro I do Código, que trata do Processo de Conhecimento, integrando os novos arts. 475-A a 475-H, levando-se a efeito “importante alteração estrutural no Código de Processo Civil, não se cingindo apenas a realocar a matéria”, pois até então era clara a “autonomia do processo de liquidação”, pois a sentença a ser liquidada, por força do art. 162, § 1º, do CPC, extinguiu o processo, ao que se somava o art. 463, dispondo encerrar o juiz, com a sentença, seu ofício jurisdicional, do que decorria que a liquidação só era possível em outro processo, pois findo aquele em que proferido o título liquidando.³⁴¹

³³⁹ O art. 603 do CPC, revogado pela Lei nº 11.232/05, todavia, não se restringia à iliquidez do valor devido, mas à não individuação do objeto da condenação, no caso, por exemplo, de sentença condenatória proferida nas chamadas ações universais (CPC, art. 286, I), em que a liquidação visa a definir os bens que integram a universalidade, não seu valor (Zavascki, Teori. Comentários ao Código de Processo Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, v. VIII, p. 335).

³⁴⁰ Theodoro Junior, Humberto. Sentença - Direito Processual Civil ao Vivo. Rio de Janeiro: Aide, vol. I, 1991, p. 105.

Além disso, prevendo o revogado art. 603, § único, do CPC, que o réu deveria ser citado para a liquidação, clara estava a inauguração de uma nova relação processual, que terminava com a sentença da liquidação, prevista no art. 611, apelável, nos termos do art. 520, III, também revogado, que atribuía à apelação contra tal pronunciamento tão-somente efeito devolutivo. Ademais, o próprio art. 611 também determinava que, julgada a liquidação, ao credor incumbia ajuizar a execução da sentença, *citando* pessoalmente o devedor, o que implicava a instauração de outra relação processual, cujo pressuposto lógico era o encerramento da anterior, que só poderia ocorrer por sentença, ato que ultima o processo.

Com as alterações da Lei nº 11.232/05, a liquidação passou a ser simples incidente subsequente à sentença condenatória,³⁴² e que pode ser instaurado inclusive na pendência de recurso de apelação, mesmo recebido no duplo efeito (art. 475-A, § 2º), sem que se inaugure nova relação processual, pois o devedor é apenas *intimado* para acompanhá-la (art. 475-A, § 1º). Tanto que não mais julgada por sentença, mas por decisão interlocutória, pois atacável por agravo de instrumento, por dicção expressa do art. 475-H.³⁴³

³⁴¹ FLACH, Daisson. In: A Nova Execução - Comentários à Lei nº 11.232, de 22 de dezembro de 2005. Alvaro de Oliveira, Carlos Alberto (coord). Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 31/32.

³⁴² Como já ocorria, segundo Teori Zavascki, nas seguintes hipóteses: 1) execução por quantia certa, fazendo-se necessária a atualização do débito, seja em virtude do tempo, seja em função de pagamento parcial; 2) em execução para entrega de coisa ou de obrigação de fazer ou de não fazer, quando, não sendo possível o cumprimento na forma específica, transmuda-se o objeto da execução em perdas e danos (CPC, art. 627, § 2º, art. 633, § único, 638, § único e 643); 3) na execução para entrega de coisa, visando à apuração do valor das benfeitorias indenizáveis feitas pelo devedor ou terceiro (CPC, art. 628). Nesses casos, a decisão que decide a liquidação é interlocutória, sendo, portanto, agravável, não apelável. Mas ainda assim é decisão de mérito e, não sendo impugnada na via recursal apropriada, leva à coisa julgada material, inviável seu desfazimento na via dos embargos (Comentários ao Código de Processo Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, v. VIII, p. 333/334).

A despeito da natureza jurídica dada pelo ato judicial que decide a liquidação em decorrência do recurso cabível, nos termos do art. 475-H, do CPC, dominante o entendimento da doutrina, conforme Athos Carneiro, de que se trata “substancialmente” de uma sentença, pelo seu conteúdo de integração, de complementação, conferindo liquidez à condenação”,³⁴⁴ ainda que, por razões práticas, tenha sido nomeado como *decisão interlocutória*. Todavia, considerando seu conteúdo de mérito, tal decisão faz coisa julgada e só pode ser atacada pela via rescisória, “revestindo-se da eficácia de coisa julgada, e mal andar o órgão judiciário que a desrespeitar em decorrência de fatores conjunturais”.³⁴⁵

No direito italiano, a sentença genérica é aquela que, no processo de conhecimento, fixa apenas a responsabilidade do réu em prestar algo ao autor, sem, todavia, quantificar a prestação. Trata-se de ato judicial previsto no art. 278 do CPC italiano, chamado de *condanna generica*, e que não prescinde de prévia liquidação, nos termos do art. 474 do mesmo código. Fixa-se apenas o *an debeatur*, não o *quantum*

³⁴³ Ressalvam-se, todavia, as hipóteses, raras, mas existentes, de liquidação de sentença penal condenatória, de sentença arbitral e de sentença estrangeira, títulos executivos previstos no art. 475-N, incs. II, IV e VI, do CPC, cuja liquidação, em sendo necessária, pressupõe a instauração de nova relação processual, nos termos do § único do artigo citado, porque ausente anterior processo, ao menos no juízo cível, em que o incidente liquidatório possa simplesmente prosseguir. Mesmo assim, a liquidação será também solvida por interlocutória, prosseguindo-se com a execução no mesmo processo, sem nova citação. Equivocado aqui, portanto, Daisson Flach (In: A Nova Execução - Comentários à Lei nº 11.232, de 22 de dezembro de 2005. Alvaro de Oliveira, Carlos Alberto (coord), cit., p. 34), quando sustenta, amparado no escólio de Teori Zavascki, que não haverá citação para a liquidação de sentença arbitral ou estrangeira, pois nem sempre essas serão líquidas, ainda que desejável sua liquidez. Se não o forem, não há como promover sua execução sem a prévia liquidação, para cuja instauração imprescindível a citação do devedor.

³⁴⁴ Carneiro, Athos Gusmão, Cumprimento da Sentença Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 39 e 41. Contra: Lisboa, Celso Anicet, para quem, em vista de a liquidação da sentença ser mero incidente processual, “coerentemente, a decisão que julga a segunda fase do processo único de conhecimento é uma decisão interlocutória, dado que ela resolve questão incidente do processo” (A Reforma do Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 50).

³⁴⁵ Assis, Araken de. Cumprimento da Sentença. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 135.

debeatur. No dizer de Francesco Luiso, “a sentença de condenação genérica tem o conteúdo de uma sentença de mera declaração, mas é equiparada, em certos efeitos, às sentenças condenatórias. Não é suficiente para instaurar uma execução forçada: falta a quantificação. O art. 474 estabelece que, para proceder à execução forçada, é necessário que o direito seja líquido: a soma deve ser quantificada. Sob tal ponto de vista, a sentença condenatória genérica não é uma condenação propriamente dita”, ainda que, sob dois aspectos, assemelhe-se a uma sentença condenatória.³⁴⁶

Depois de fazer ampla análise da doutrina italiana sobre o assunto, Daisson Flach refere, com propriedade, que “A definição do *quantum*, portanto, desafia nova sentença com função integrativa do julgado anterior, condição indispensável à sua execução. Não se trata, como é fácil perceber, do acertamento de mero elemento secundário. Ao contrário, determina a possibilidade de realização concreta do direito cuja tutela está a parte a buscar, constituindo parcela do próprio mérito da causa. Ao permitir o sistema italiano, como também faz o brasileiro, a prolação de um juízo genérico, submetido a posterior liquidação, o que está a fazer não é outra coisa senão autorizar **o julgamento fracionado da causa com recurso a sentenças parciais e sucessivas de mérito**”. E, citando Daniel Mitidiero, que se refere às sentenças que julgam as fases da ação de prestação de contas e a decisão de que trata o art. 273, § 6º, do CPC, arremata: “Por idênticas razões, agregam-se também ao rol das sentenças parciais de mérito a condenação genérica e a sucessiva sentença que julga a liquidação”.³⁴⁷

³⁴⁶ Diritto Processuale Civile - Il Processo di Cognizione. 3ª ed. Milano: Giuffrè, 2000, v. II, p. 188. Os dois aspectos referidos pelo jurista são a possibilidade de valer como título para o registro da hipoteca judiciária (art. 2818 do Código Civil italiano) e o fato de estar sujeita a um prazo prescricional menor (art. 2953 do Código Civil italiano).

Assim como nas demais hipóteses de sentença parcial já examinadas, o incidente de liquidação de sentença de que tratam o art. 475-A e seguintes do CPC também tem sua existência condicionada a uma sentença anterior, que, reconhecendo a obrigação indenizatória, remete à liquidação a apuração do valor devido. Não há, portanto, liquidação sem que exista uma sentença anterior, ainda que essa não seja proferida pelo juízo cível, como nas hipóteses do art. 475-N, incs. II, IV e VI.³⁴⁸

Importa referir, entretanto, que ao contrário das demais hipóteses de sentença parcial que estudamos, em que não poderá o juiz proferir uma só sentença, ou seja, julgar a lide por inteiro, impondo-se sempre a prolação de duas sentenças parciais, só haverá liquidação de sentença e, portanto, duas sentenças parciais, se no processo de conhecimento o juiz não puder fixar desde logo o *quantum debeatur*, estando, pois, impedido de julgar totalmente a lide, o que o obriga a julgá-la parcialmente, postergando a decisão do restante a outra sentença.³⁴⁹

³⁴⁷ In: A Nova Execução - Comentários à Lei nº 11.232, de 22 de dezembro de 2005. Alvaro de Oliveira, Carlos Alberto (coord), cit., p. 43 e 45.

³⁴⁸ Sentença penal condenatória, sentença arbitral e sentença estrangeira homologada pelo STJ.

³⁴⁹ Cumpre referir que o art. 459, § único, do CPC, veda ao juiz proferir sentença ilíquida se o pedido é certo, vedação, todavia, que tem sido contornada pela jurisprudência, que só admite a arguição de nulidade se postulada pelo autor, e desde que ao juiz fosse possível proferir sentença líquida (REsp 631.221/RJ, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 05.10.2006, DJ 23.10.2006 p. 348). Ademais, há casos em que a apuração do *quantum debeatur* é extremamente complexa, não se justificando seja feita ainda na fase de conhecimento, porque se pode concluir pela ausência do *an debeatur*, hipótese em que toda a liquidação *antecipada* tem-se por perdida.

5.2 A sentença parcial de mérito como forma de alcançar a prestação jurisdicional em tempo razoável

5.2.1. Considerações iniciais

Já discorreremos sobre os institutos que permitem, tanto no direito italiano, como no brasileiro, colocar sobre os ombros do réu o custo do tempo necessário à instrução do processo, com isso antecipando total ou parcialmente a solução da causa com base em cognição parcial. Isso ocorre tanto na *condanna con riserva* como na antecipação da tutela, salvo na hipótese do § 6º do art. 273 do CPC, em que a cognição é exauriente.

Nenhum deles, todavia, alcança definitivamente o bem da vida ao autor, vez que se trata de decisões provisórias, sujeitas a confirmação por ocasião da sentença, após a instrução da causa. Não formam, portanto, coisa julgada – quando muito, podem levar à preclusão. E justamente pela natureza provisória da decisão, a parte beneficiada com a medida deverá prestar caução para levar a cabo seu cumprimento,³⁵⁰ salvo expressa disposição legal em contrário,³⁵¹ sendo viável, do mesmo modo, a revogação ou

³⁵⁰ O art. 273, § 3º, do CPC, remete ao art. 588 do Código que tratava da execução provisória. A remissão não foi alterada pela Lei nº 11232/05, que revogou o arts. 588/590, entre outros, o que não significa, todavia, que o juiz não possa exigir caução para o cumprimento da medida antecipada, pois se pode fazê-lo para a sentença pendente de recurso, proferida com base em cognição exauriente, com mais razão para uma medida tomada com base em cognição parcial. Também para a execução da condenação com reserva, o legislador italiano admite que o juiz condicione-a à prestação de caução. Assim consta, por exemplo, nos arts. 35, 36 e 648 do CPC italiano.

³⁵¹ A dispensa de caução está prevista no art. 475-O, § 2º, do CPC, mas para hipóteses excepcionais. A regra, portanto, é a exigência de caução.

modificação da medida, conforme dispõe o § 4º do art. 273 do CPC, seja a pedido da parte contrária, durante o processo, seja de ofício pelo juiz, na sentença.³⁵²

Ademais, a antecipação da tutela só pode ser concedida a **requerimento da parte**, na dicção expressa do *caput* do art. 273 do CPC, razão pela qual o juiz não pode concedê-la de ofício, mesmo na hipótese do § 6º, vinculado que está ao *caput* do respectivo artigo.³⁵³

Ainda, não se pode antecipar a tutela declaratória, nem a constitutiva, por exemplo, mas apenas e eventualmente os efeitos – ou parte deles - da respectiva sentença de procedência. Como bem refere Alvaro de Oliveira, é inviável a antecipação integral, em decorrência da cognição não completa, de “todos os efeitos e eficácias da própria sentença de mérito. Se nesta o elemento declaratório almeja, como é pacífico, a

³⁵² Logicamente que se o juiz julgar improcedente o pedido, deverá revogar a decisão que antecipou a tutela, salvo hipóteses excepcionais.

³⁵³ Nesse sentido a lição de Teori Zavascki, para quem “a antecipação da tutela depende de ‘requerimento da parte’, vale dizer, está sujeita ao princípio dispositivo, não podendo ser concedida de ofício pelo juiz” (Antecipação da Tutela. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 103).

Do mesmo modo leciona Cândido Dinamarco, quando diz que “o art. 273 condiciona a concessão de tutela antecipada à iniciativa da parte, o que é inerente ao sistema da tutela jurisdicional (arts. 2º, 262) e corresponde à ideia de que o titular da pretensão insatisfeita é o melhor juiz da conveniência e oportunidade de postular meios para a satisfação (princípio da demanda) (A Reforma do Código de Processo Civil, Malheiros, 3ª ed. São Paulo: 1996, p. 149/150).

Também esse é o magistério de Leonardo José Carneiro da Cunha, para quem, a despeito de o art. 273, § 6º, do CPC dispor sobre hipótese de julgamento antecipado parcial da lide, “estando a regra inserida no âmbito do art. 273 do CPC, não há como dispensar o requisito do *requerimento* da parte, eis que se encontra exigido no *caput* da norma” (O § 6º do art. 273 do CPC: Tutela Antecipada Parcial ou Julgamento Antecipado Parcial da Lide?, Revista Dialética de Direito Processual, São Paulo, 2003, v. I, p. 120). Mais recentemente, todavia, o mesmo autor sustenta que se trata de medida que o juiz pode aplicar de ofício, haja vista que se trata de julgamento antecipado parcial; se o art. 330 do CPC pode ser aplicado de ofício, pela mesma razão pode o juiz proceder sem requerimento da parte para aplicar o § 6º do art. 273 (A Fazenda Pública em Juízo. 5ª ed. São Paulo: Dialética, 2007, p. 223/224).

Dinamarco ressalta, todavia, com base no magistério de Galeno Lacerda, que a situação é diversa na tutela cautelar incidental, pois nesse caso está-se a preservar a respeitabilidade da jurisdição, não apenas o interesse da parte, o que justifica a possibilidade de ser concedida de ofício, ainda que ausente iniciativa da parte (cit., p. 150).

obtenção de certeza por meio do provimento jurisdicional, com referência ao direito ou às situações jurídicas deduzidas no processo, salta aos olhos a impossibilidade de semelhante certeza ser alcançada por meio da cognição incompleta estatuída no art. 273. Aí, por hipótese, não haverá certeza, quando muito meia certeza, probabilidade, e o provimento judicial assim obtido será incapaz de produzir os efeitos correspondentes a uma sentença normal (seja de força declaratória, condenatória, constitutiva, mandamental ou executiva *lato sensu*)".³⁵⁴

Mas não é só isso: casos há em que é expressa a vedação legal à antecipação da tutela, como ocorre nas demandas movidas contra a Fazenda Pública, dispondo o art. 1º, *caput*, da Lei nº 9494/97, que se aplica à tutela antecipada dos arts. 273 e 461 do CPC as regras constantes de várias leis relativas ao mandado de segurança que impedem a concessão liminar de vantagens a servidores públicos (art. 5º e seu parágrafo único, e art. 7º da Lei nº 4.348, de 26 de junho de 1964, no art. 1º e seu § 4º da Lei nº 5.021, de 9 de junho de 1966)³⁵⁵ e, também, a concessão de medidas cautelares no mesmo sentido (art. 1º, 3º e 4º da Lei nº 8.437, de 30 de junho de 1992).

Do mesmo modo, a tutela não poderá ser antecipada nem ao menos com a prolação da sentença ou sua confirmação em sede de apelação, conforme o art. 2º-B da mesma Lei nº 9494, incluído pela Medida provisória nº 2.180-35, de 2001, que exige o trânsito em julgado para a liberação de recurso, inclusão em folha de pagamento,

³⁵⁴ Alvaro de Oliveira, Carlos Alberto. Perfil Dogmático da Tutela de Urgência. Revista da AJURIS. Porto Alegre, nº 70, jul. 1997, p. 226/227.

³⁵⁵ As Leis nº 4348/64 e 5021/66 foram revogadas pelo art. 29 da Lei nº 12016/2009, sem que se corrigisse a remissão às mesmas na Lei nº 9494/97.

reclassificação, equiparação, concessão de aumento ou extensão de vantagens a servidores da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, inclusive de suas autarquias e fundações.

As mesmas vedações foram repetidas na nova lei do Mandado de Segurança (nº 12.106/2009), cujo art. 7º, § 2º, dispõe que “Não será concedida medida liminar que tenha por objeto a compensação de créditos tributários, a entrega de mercadorias e bens provenientes do exterior, a reclassificação ou equiparação de servidores públicos e a concessão de aumento ou a extensão de vantagens ou pagamento de qualquer natureza”, idêntica vedação sendo estendida por seu § 5º às medidas previstas no art. 273 e 461 (leia-se também 461-A) do CPC.

Nessa hipótese, a doutrina sustenta que realmente não há como antecipar a tutela, a fim de atribuir ao servidor determinada vantagem funcional, permitindo que a perceba antes do trânsito em julgado. E se não é possível antecipar a tutela, também não é viável proferir julgamento antecipado parcial, porque isso implicaria admitir a execução provisória do julgado, só cabível, contra a Fazenda Pública, depois do trânsito em julgado.³⁵⁶

Ao revés, como se verá adiante, a sentença parcial de mérito, porque baseada em cognição completa, faz coisa julgada e, portanto, uma vez transitada em julgado, pode ser executada e alcançar ao servidor público a vantagem perseguida, sem que ele

³⁵⁶ Cunha, Leonardo José Carneiro da. *A Fazenda Pública em Juízo*. 5ª ed. São Paulo: Dialética, 2007, p. 225.

espere pela solução final do processo, que pode demandar vários anos, em vista da necessidade de dilação probatória para a solução de um dos pedidos cumulados (ou parte do único pedido).

Já na condenação com reserva, em alguns casos o juiz está condicionado à iniciativa da parte, como ocorre nas hipóteses dos arts. 65 da Lei nº 1669/1933 e 57 da Lei nº 1736/1933, e do art. 665 do CPC italiano; nos demais casos estudados, o juiz poderá proferir a condenação com reserva ainda que a parte interessada não o requeira. Mas ela também não se constitui em um julgamento definitivo, porque embasado em cognição incompleta, sumária, não exauriente, pois, podendo ser alterada quando da decisão definitiva da causa, ao ser apreciada a defesa.

Além disso, como já referimos, a hipótese do art. 273, § 6º, do CPC, não se assemelha integralmente ao julgamento antecipado da lide, pois aquele só pode ser aplicado no caso de ***incontrovérsia*** quanto aos fatos que embasam um ou mais dos pedidos cumulados, ou parte deles. E ***incontrovérsia*** é conceito muito mais restrito, não se confundindo seus pressupostos com os do julgamento antecipado, pois esse pode ser proferido mesmo que haja controvérsia sobre os fatos, desde que seu esclarecimento possa ser levado a efeito com base na prova documental constante dos autos, sem necessidade de instrução probatória. Desta forma, a exigência de incontrovérsia fática limita em muito o alcance da antecipação da tutela sobre a parte

não controvertida, a não ser que se pretenda ampliar o alcance do instituto em questão, o que só poderia ocorrer de *lege ferenda*.³⁵⁷

Todavia, não é por isso que o juiz deverá ficar com as mãos atadas, pois especialmente após a lei nº 11.232/05, perfeitamente possível o julgamento parcial definitivo de mérito, baseado em cognição exauriente e apto a formar coisa julgada material. Não só na hipótese de julgamento antecipado parcial, mas em qualquer hipótese, ***cabendo ao magistrado suprir as lacunas do sistema, pois acima de tudo ele tem compromisso com a efetivação dos princípios constitucionais, dentre os quais se encontra o direito à duração razoável do processo.***

Certo, a sentença parcial de mérito terá maior aplicação nas hipóteses em que o juiz, por ocasião da audiência do art. 331 do CPC, não havendo conciliação, verifica que um dos pedidos cumulados ou parcela do pedido pode ser solucionado sem a necessidade de instrução, porque os fatos relevantes para a sua decisão já estão suficientemente esclarecidos nos autos – hipótese, portanto, de julgamento antecipado (art. 330, II, do CPC).

Assim, o juiz profere sentença parcial de mérito, decidindo definitivamente, e com força de coisa julgada material, o pedido ou parte dele cuja solução não carece de

³⁵⁷ Aliás, não há sentido em forçar o âmbito de aplicação do art. 273, § 6º, do CPC, para que abarque todas as hipóteses do art. 330 do Código, para proferir uma decisão à qual o legislador confere expressamente ares de provisoriedade (§ 4º do art. 273). Se vamos avançar na interpretação da lei, que se o faça para alcançar uma decisão definitiva, não provisória, com eficácia de coisa julgada material.

outras provas. E remete à instrução a parte restante do pedido ou o outro pedido cumulado, ao final da qual, debatida a causa, proferirá outra sentença parcial de mérito.

Haverá casos, no entanto, ainda que raros, em que o juiz, finda a audiência, verifica que pode julgar mais uma parte da lide, pois os fatos controversos já foram esclarecidos e, portanto, profere uma primeira sentença parcial de mérito. Entretanto, colhida a prova oral, dá-se conta da necessidade de perícia contábil tão-somente para a apuração dos lucros cessantes. Pode, pois, proferir nova sentença de mérito, também parcial e, após a perícia, outra sentença de mérito, mais uma vez parcial.³⁵⁸ Teremos, desse modo, três sentenças parciais de mérito num só processo, todas definitivas, porque baseadas em cognição exauriente, uma de julgamento antecipado, duas após instrução. E a primeira proferida alguns meses após o ajuizamento da demanda.³⁵⁹

³⁵⁸ Pode acontecer também que não seja possível julgamento antecipado parcial, mas apenas depois de finda a audiência, hipótese em que o juiz, após as partes debaterem parte da causa, proferirá uma primeira sentença parcial, outra sobrevindo depois de realizada prova pericial, imprescindível para a solução acerca do restante da causa.

Bruno Garcia Redondo refere hipótese similar, em que a demanda tem cinco pedidos, três deles contestados pelo réu, um não impugnado e outro reconhecido expressamente, o que permite ao juiz decidir quanto ao mérito dos dois últimos de imediato. Seguindo o processo, em audiência as partes transigem sobre um terceiro pedido, proferindo o juiz, então, uma segunda sentença parcial homologatória da transação, seguida de uma terceira, na qual, depois da instrução, serão decididos os dois pedidos remanescentes (Sentença parcial de mérito e apelação em autos suplementares. Revista de Processo. São Paulo, ano 33, nº 160, jun. 2008, p. 150).

³⁵⁹ Note-se que o processo civil brasileiro não é infenso à decomposição da sentença em vários capítulos. Dinamarco refere, aliás, que toda a sentença possui pelo menos dois capítulos - um relativo ao dispositivo principal, ou seja, para solucionar a lide, outro que diz respeito à sucumbência. Além disso, pode haver mais de dois capítulos, na medida em que são frequentes as hipóteses de cumulação de pedidos, em que a decisão, em verdade, possui duas ou mais disposições, cada uma diversa da outra e com vistas ao julgamento de um dos pedidos cumulados, o mesmo ocorrendo na eventualidade de haver reconvenção, denunciação da lide, chamamento ao processo, ação declaratória incidental, etc. Além disso, pode haver decomposição do único pedido formulado, quando o acolhimento de parte dele implica o desacolhimento da outra (Dinamarco, Cândido Rangel. Capítulos de Sentença. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 9/10).

Ao contrário, adotado o procedimento normal, em que se limite o juiz a proferir uma única sentença, só poderá fazê-lo ao fim de toda a instrução, o que poderá demandar vários anos, com efetivo prejuízo ao autor, que viu retardada em muito, injustificadamente, a prestação jurisdicional, ao menos em relação ao pedido que poderia ter sido decidido antecipadamente ou, então, depois de colhida a prova oral, antes da prova pericial cuja necessidade só surgiu na audiência.

Nas palavras de Bruno Redondo, “Não há mais razão prática ou jurídica que justifique a postergação indefinida – até a resolução de *todos* os pedidos da inicial – da satisfação definitiva de um bem da vida que já possa ser efetivamente reconhecido ao credor, por meio de *sentença*, antes dos demais”.³⁶⁰

Certo, a sentença parcial de mérito vai favorecer, em regra, ao autor. Entretanto, poderá favorecer também o réu, seja para julgamento antecipado da reconvenção – hipótese em que ele também é autor -, antes da decisão sobre a ação, seja para – em caso de improcedência da ação daquele – retirar da relação jurídica de direito material atinente a determinado pedido a incerteza que sobre ela paira, com prejuízo à parte demandada, o que, na prática atual, só irá ocorrer na única sentença, quando apreciados conjuntamente o (s) pedido (s) do autor e do réu (reconvenção).

³⁶⁰ Redondo, Bruno Garcia. Sentença parcial de mérito e apelação em autos suplementares. Revista de Processo. São Paulo, ano 33, nº 160, jun. 2008, p. 151.

5.2.2 Fundamentos da sentença parcial de mérito

Com a vigência da lei nº 11.232/05, a sentença de mérito não mais encerra o processo, pois alterada a redação dos arts. 162, § 1º, 269 e 463, caput, todos do CPC, suprimindo, do primeiro, a assertiva de que sentença é o ato do juiz que põe termo ao processo; do segundo, a de que ao decidir sobre o mérito, extingue-se o processo; e, do terceiro, a afirmação de que, ao proferir a sentença, o juiz acaba o ofício jurisdicional, e que poderiam servir de óbice à resolução parcial do mérito (sentença parcial). Isso significa que o juiz, ao decidir sobre o mérito, não extingue o processo, muito menos conclui sua atuação no processo.

Ademais, os operadores do direito já convivem, há muito, com as sentenças parciais, ainda que não da forma aqui propugnada. Temos, assim, sentença parcial na hipótese de consignação em pagamento fundada em dúvida sobre quem é o credor, caso em que o juiz, em uma primeira sentença, libera o devedor; em outra, decide qual dos sedizentes credores é o titular do crédito; assim também na ação de prestação de contas, pois o juiz, primeiro, decide se o réu deve prestar contas; depois, em outra sentença, julga as contas prestadas. O mesmo ocorre na sentença ilíquida, haja vista que, primeiro, o juiz decide sobre a obrigação de indenizar; em outra fase, o juiz vai julgar a liquidação.³⁶¹

Não se pode olvidar, ainda, de que a partir da EC nº 45/2004, passou a integrar o rol das garantias individuais o direito à *razoável duração do processo e os meios que*

³⁶¹ Todas essas hipóteses já foram devidamente estudadas anteriormente.

garantam a celeridade de sua tramitação (art. 5º, inc. LXXVIII da Constituição Federal). O que, aliás, já era garantia decorrente do inc. LXXXV do mesmo artigo, conforme abalizada doutrina, anteriormente referida.³⁶²

Sendo assim, deixar de julgar de imediato o pedido que independe de dilação probatória ou já maduro para decisão depois de colhida a prova oral, em sendo necessária prova pericial para a instrução de outro pedido, é negar vigência à regra constitucional, assim como incide em violação à mesma regra eventual omissão do legislador em prever expressamente a resolução parcial do mérito, haja vista a ausência de meios que assegurem a celeridade da tramitação processual.

Aliás, Alessandra Mendes Spalding, ao comentar o inc. LXXVIII do art. 5º da Constituição Federal, refere que “Como já mencionado anteriormente, o Estado, ao coibir a autotutela, tomou para si a responsabilidade de garantir a todos os cidadãos o direito à tutela jurisdicional *efetiva*, o que significa também dizer tutela *tempestiva*. Nesse contexto, cabe também ao legislador a responsabilidade de editar leis que possam viabilizar uma adequada tutela jurisdicional, e ao magistrado o dever de aplicá-la para garantir sua efetivação diante do caso concreto. Vale enfatizar, como dito acima, que, **na falta de uma legislação que permita o alcance à tutela jurisdicional tempestiva, é dever do Poder Judiciário colmatar as lacunas, concretizar a norma**

³⁶² Marinoni, Luiz Guilherme. Garantia da tempestividade da tutela jurisdicional e duplo grau de jurisdição. In: Cruz e Tucci, José Rogério, Garantias constitucionais do processo Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 218) e Cruz e Tucci, José Rogério, Garantia do processo sem dilações indevidas, Garantias constitucionais do processo Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 237.

e preencher o conteúdo das normas vagas pela via hermenêutica, já que, como se disse alhures, referido princípio tem aplicação imediata” ³⁶³

Acerca da atividade do juiz em suprir lacunas, refere Carlos Alberto Alvaro de Oliveira: “Se, porém, inexistente dúvida quanto à necessidade da intervenção legislativa para reger a conduta processual do juiz e limitar seus poderes, não se pode esquecer que o processo de aplicação do direito mostra-se, necessariamente, obra de acomodação do geral ao concreto, a requerer incessante trabalho de adaptação e até de criação, mesmo porque o legislador não é onipotente na previsão de todas as inumeráveis possibilidades oferecidas pela inesgotável riqueza da vida. [...] Semelhante constatação mostra-se válida não só no plano estritamente jurídico, vinculado ao equacionamento de questões puramente de direito, como também na própria condução do processo e notadamente no recolhimento e valorização do material fático de interesse para a decisão”. ³⁶⁴

³⁶³ Direito Fundamental à Tutela Jurisdicional Tempestiva à Luz do inciso LXXVIII do art. 5º da CF, inserido pela EC n. 45/2004. In: Reforma do Judiciário - Primeiras Reflexões sobre a Emenda Constitucional nº 45/2004. Teresa Arruda Alvim Wambier e outros (coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 35 - o grifo é nosso.

³⁶⁴ Do Formalismo no Processo Civil, 2ª ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2003, p. 190/191. Aliás, falando sobre a tutela jurisdicional no plano constitucional, o mesmo jurista gaúcho sustenta que, visando a um novo padrão de “real efetividade”, é importante “romper de vez com concepções privatísticas e atrasadas, que não mais correspondem às exigências atuais, e que deixaram de ser adequadas às elaborações doutrinárias, aos imperativos constitucionais e às exigências do desenvolvimento cultural da humanidade que se foram desenvolvendo ao longo do século XX”. E arremata referindo que, nessa situação, releva o “declínio do normativismo legalista, assumido pelo positivismo jurídico, e a posição predominante, na aplicação do direito, das normas de princípio, conceitos jurídicos indeterminados e juízos de equidade, com toda sua incerteza, porque correspondem a uma tomada de decisão baseada não só em um *prius* anterior ao processo, mas dependente também dos próprios elementos que nele serão colhidos. Ademais, na época atual o direito não pode mais ser concebido apenas como um sistema de imperativos postos pela vontade do Estado em defesa das esferas de liberdade do indivíduo” (Teoria e Prática da Tutela Jurisdicional. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 81).

Como dizia Buzaid, “Simplificar o processo civil significa, na verdade, *racionalizar-lhe* os atos, não se incluindo nele senão os que se afiguram estritamente indispensáveis à administração da justiça. Os atos supérfluos dificultam-lhe o andamento e podem beneficiar os artifícios da alicantina. O processo não é um duelo que se trava entre as partes. É um instrumento que o Estado põe à disposição das partes para a consecução dos seus direitos: por isso, é um instituto eminentemente de direito público. Embora tenha caráter dialético, o uso do processo civil há de adequar-se aos princípios superiores que regem a atividade jurisdicional”.³⁶⁵

Ora, se um dos princípios do processo, erigido à condição de garantia constitucional, é a sua duração razoável, logicamente que a sentença parcial pode ser utilizada para simplificar aquele, alcançando ao autor a solução imediata de pelo menos parte da pretensão veiculada em juízo. Ou então retirando a incerteza existente sobre determinada relação jurídica, em favor do demandado, pois esse também sofre com a demora no julgamento.

Aqui cumpre lembrar Mauro Cappelletti, que fala da atividade criadora do juiz, dizendo que se trata de um fator inevitável nos dias de hoje, em que desponta a criatividade. Indaga, todavia, se o juiz pode ser legislador, em decorrência dessa criação judiciária, e com isso sua função seria equiparada à do legislativo por invadir sua seara. Os juízes, realmente, acabam sendo compelidos a atuar como *law-makers*, pois são chamados a interpretar, esclarecer, integrar, plasmar e transformar, e muitas

³⁶⁵ Buzaid, Alfredo. Do julgamento conforme o estado do processo. In: Estudos e Pareceres de Direito Processual Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 50/51.

vezes a criar direito novo. Mas não passam, com isso, a ser legisladores, pois se assim fosse deixariam de ser juízes.³⁶⁶

Hermes Zaneti Junior também perfilha da posição de Cappelletti, dizendo que o juiz exerce uma atividade criadora, complemento indispensável à atuação do legislador ordinário. Assim, ao tornar concreta a norma específica, age como político, pesando critérios de conveniência (proporcionalidade), provenientes de sua sensibilidade e humanidade, atuando dentro do ordenamento jurídico existente.³⁶⁷

Felipe Camilo Dall'Alba ensina que a sentença parcial caracteriza-se por permitir a decisão definitiva de uma das ações cumuladas, estando um (ou mais) pedido apto a ser julgado, como prevê expressamente o CPC italiano, em seu art. 277, ao aludir que a decisão do colegiado (ou do juiz isoladamente) pode limitar-se a uma das demandas, na hipótese de não se fazer necessária ulterior instrução. Para o jurista, “a sentença parcial tem como característica a possibilidade de decidir definitivamente uma das ações cumuladas, ou seja, um dos pedidos estão prontos (sic) para serem julgados, inexistindo razão para procrastinar sua resolução”.³⁶⁸

³⁶⁶ Cappelletti, Mauro, Juízes Legisladores. Tradução de Alvaro de Oliveira, Carlos Alberto. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993, 73/74.

³⁶⁷ Processo Constitucional: Relações entre Processo e Constituição, Revista da AJURIS, Porto Alegre, nº 94, jun. 2004, p. 120/121.

³⁶⁸ Sentenças Parciais de Mérito: Sua Aplicação na Praxe Forense Brasileira. Revista da AJURIS, Porto Alegre, set. 2005, v. 99, p. 366. O artigo comenta justamente o acórdão proferido pela 18ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça gaúcho na apelação cível nº 70006762470, por nós relatado.

Essa, a propósito, a lição da doutrina italiana sobre o assunto. O festejado Chiovenda, por exemplo, já dizia nas suas *Instituições*, ao se referir à atividade do juiz, que ela pode ser preparatória e principal. Essa última, à qual já nos referimos, que os romanos tinham por definitiva, “é a sentença que se pronuncia sobre a demanda judicial, acolhendo-a ou rejeitando-a, ou declarando não poder decidir sobre ela, ou seja, o ato por meio do qual o juiz satisfaz a prestação que lhe cumpre”. As demais não são definitivas, mas apenas preparatórias, pois permitem ao juiz “satisfazer em seguida, a prestação principal, acolhendo ou rejeitando a demanda”. O juiz tem ao seu alcance, portanto, prestações preparatórias e uma prestação principal. E “se a prestação principal do juiz pode satisfazer-se em vários momentos, como na hipótese de cumulação de ações, toda sentença que se pronuncia sobre uma das demandas, ou sobre parte da demanda, é definitiva, conquanto parcial”.³⁶⁹

No mesmo diapasão é o magistério de Francesco Luiso, que inicialmente distingue a sentença não definitiva da definitiva. Essa encerra o processo frente ao juízo, acolhendo ou rejeitando a tutela jurisdicional postulada e defronta-se com uma parte vencedora e outra sucumbente (ainda que recíproca). Frente a uma sentença definitiva, presente a sucumbência, usam-se os meios de impugnação, na forma e tempo previstos pelo ordenamento. As sentenças não definitivas, ao revés, não põem termo ao processo diante do juízo; elas estão por definição acopladas a uma decisão que remete a causa à instrução, determinando, portanto, não uma sucumbência em sentido estrito, mas apenas teórica, pois se decidiu tão-somente a respeito de questões

³⁶⁹ Chiovenda, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. Tradução da 2ª ed. italiana por J. Guimarães Menegale. São Paulo: Editora Saraiva, 1969, v. III, p. 238/239.

prejudiciais ou preliminares. Assim, aquele que sucumbe frente a uma sentença não definitiva pode vir a obter uma sentença definitiva favorável, pois aquela não vincula essa o que, todavia, não quer dizer que a sentença definitiva desconstitui a não definitiva, pois ao juiz é vedado reapreciar as questões objeto dessa. A absorção dos efeitos negativos da sentença não definitiva não decorre da modificação dos seus efeitos pela definitiva, mas sim da eficácia prevalente dessa sobre aquela.³⁷⁰

Prossegue o jurista italiano referindo-se ao processo com demandas cumuladas, hipóteses previstas no art. 277, segunda parte, e 279, § 2º, inc. V, do CPC italiano.

No segundo caso, de mais fácil compreensão, em que há cúmulo subjetivo, sendo dois os autores, cada um com sua pretensão, frente a um mesmo réu,³⁷¹ verifica o juiz (ou o colegiado, na hipótese de causa de sua competência) que uma das causas está madura para decisão, mas a outra precisa ser instruída. Nos termos do art. 279, § 2º, inc. V, do CPC italiano, cinde os processos e decide a causa que não carece de dilação probatória, proferindo, em relação a essa demanda, uma sentença definitiva, prossequindo a outra em processo diverso. Como essa sentença é definitiva, não se aplica a técnica da reserva de impugnação, de que trata o art. 340 do CPC italiano.³⁷² Assim, não havendo recurso no prazo legal, a sentença passa em julgado.³⁷³

³⁷⁰ Luiso, Francesco. *Diritto Processuale Civile - Il processo di cognizione*. 3ª ed. Milano: Giuffrè, 2000, v. II, p. 177/178.

³⁷¹ Note-se que pode haver cumulação de demandas com um autor e dois réus. O cúmulo pode ser tanto no polo ativo como no polo passivo da relação processual. A única exigência para a cisão das causas é que a cumulação seja facultativa, não sendo, portanto, por razões óbvias, caso de litisconsórcio necessário.

Mais delicada é a hipótese da segunda parte do art. 277 do mesmo diploma,³⁷⁴ a tratar da sentença que não é definitiva nem não definitiva, mas **parcialmente definitiva**, quando o juiz decide apenas uma demanda, mas de forma completa, sendo a sentença, quanto a essa demanda, definitiva, à medida que a que for proferida posteriormente, dizendo respeito a outra demanda, não tem eficácia de absorver a primeira, como ocorre com a sentença não definitiva. Poderá essa última, do ponto de vista econômico, minorar as consequências fáticas que a primeira impôs ao sucumbente,³⁷⁵ “mas não poderá jamais anular sua eficácia, não poderá jamais absorver os efeitos resultantes da primeira sentença, como, do contrário, ocorre no confronto entre a sentença não definitiva e a definitiva”.³⁷⁶

Assim, se sentença não definitiva rejeita a preliminar de prescrição, mas a definitiva julga improcedente a ação de cobrança, a eficácia dessa faz desaparecer a sucumbência do réu na primeira, pois o juiz disse que não havia prescrição, mas também que o autor não tinha o direito alegado. Desta forma, a tutela dada pelo juiz na solução final da causa é, na prática, a mesma que seria dada se acolhida a preliminar de prescrição. Na sentença parcialmente definitiva, todavia, a situação é bem diferente,

³⁷² Reserva de impugnação é uma espécie de apelação retida, interposta contra as sentenças não definitivas previstas nos arts. 278 e 279, § 2º, inc. IV, apenas visando a evitar a preclusão, pois o processo só subirá ao Tribunal depois de proferida a sentença definitiva, se a parte assim o requerer. É para nós o agravo retido.

³⁷³ Luiso, Francesco. Diritto Processuale Civile, cit., p. 192.

³⁷⁴ A primeira parte do art. 277 trata da sentença definitiva não parcial, pois impõe ao colegiado que decida sobre todas as demandas propostas e respectivas exceções.

³⁷⁵ Assim, por exemplo, se a primeira sentença condenou o réu ao pagamento de *mil reais*, e a segunda, ao contrário, decidiu pela improcedência da outra demanda, em que o autor buscava a condenação do réu em outros *dois mil reais*.

³⁷⁶ Luiso, Francesco, cit., p. 192.

pois mesmo que o juiz, na forma da segunda parte do art. 277 do CPC italiano, decida apenas que o contrato deve ser resolvido ou que o réu deve pagar o capital emprestado, remetendo à instrução a demanda relativa ao ressarcimento das perdas e danos ou ao pagamento dos juros, a solução dessa segunda demanda não tem qualquer influência sobre a solução da primeira, pois seu objeto é totalmente diverso do objeto da sentença parcialmente definitiva. Usando de um exemplo esportivo, Luiso conclui que “a sentença não definitiva é como um gol marcado no curso de uma partida: nada impede que a equipe que o sofreu vença, ao final, o jogo; ao contrário, a sentença parcialmente definitiva é como perder uma partida; se o time que sofreu a derrota vencer a próxima, a primeira derrota permanece.”³⁷⁷

Na mesma linha o magistério de Taruffo, Carpi e Colesanti, dizendo que “O princípio de concentração da decisão é expressamente afastado pelo art. 277, segunda parte, que permite ao colégio³⁷⁸ decidir somente sobre alguma das demandas, relativamente à qual não seja necessária uma posterior instrução”. Portanto, havendo ação de despejo de um imóvel, reconvindo o réu-locatário visando a uma indenização por benfeitorias, aquela causa pode ser decidida de imediato, se não demandar dilação probatória, ao contrário da reconvenção, que dela carece.³⁷⁹

³⁷⁷ Idem, ibidem, p. 193/194.

³⁷⁸ Ou ao juiz singular, quando a causa pode ser decidida por um juiz único.

³⁷⁹ Taruffo, Michele; Carpi, Federico e Colesanti, Vittorio. *Commentario Breve al Codice di Procedura Civile*. Padua: CEDAM, 1984, p. 277/278. Tais doutrinadores reconhecem expressamente que a decisão de uma só demanda, remetendo a outra à instrução, é uma *sentença parcial de caráter definitivo* (obra citada, p. 278).

Da mesma forma a lição de Salvatore Satta, ao referir que, a princípio, é definitiva a sentença que decide toda a causa, sendo, no entanto, também definitivas as sentenças que decidem parte da causa, seja porque julgam algum dos pedidos, seja a sentença genérica de condenação (sujeita à liquidação), seja também a que decide uma causa previamente cindida da outra, nas hipóteses do art. 103 (litisconsórcio subjetivo facultativo) e 104 (cumulação de demandas contra um mesmo réu).³⁸⁰

Certo, não há consenso na doutrina italiana acerca do assunto, pois há quem sustente que os dispositivos do CPC italiano referidos não permitem que se tenha por definitiva a sentença que decida apenas uma parte da lide. Comentando decisão da Corte de Cassação italiana no recurso nº 372 (julgado em 13.01.1995), que tratou do assunto,³⁸¹ Luigi Montesano e Giovanni Arieta argumentam que não há falar em definitividade na sentença que, nas palavras de Chiovenda, não atribui nem nega ao autor o bem da vida. Citam como exemplo a hipótese de demanda em que há uma demanda principal e outra alternativa - uma fundada na qualificação do fato imputado ao réu como concorrência desleal e outra em que o fundamento é a responsabilidade

³⁸⁰ Satta, Salvatore. *Manuale di Scienze Giuridiche*. 9ª ed. Padua: CEDAM. 1981, p. 364/365. O jurista peninsular distingue, todavia, quanto à sentença de condenação genérica, que só será definitiva se a liquidação for objeto de outro processo, não quando ela seja simples fase do mesmo processo. Nesse último caso, aliás, a sentença pode ser objeto da apelação retida prevista no art. 340 do CPC italiano. Na mesma senda Giuseppe Tarzia (*Lineamenti del processo civile di cognizione*. 2ª ed. Milano: Giuffrè, 2002, p. 236, *apud* Redondo, Bruno Garcia. *Sentença parcial de mérito e apelação em autos suplementares*. *Revista de Processo*. São Paulo, ano 33, nº 160, jun. 2008, p. 150, nota de rodapé nº 21), para quem pode acontecer, na hipótese de cumulação de demandas, que nem todas estejam maduras para decisão. Nessa caso, o juiz pode decidir aquelas que já estejam suficientemente instruídas, deixando de lado a regra segundo a qual, no caso de cumulação subjetiva de demandas (litisconsórcio facultativo, art. 104 do CPC italiano) ou objetiva (pluralidade de demandas contra a mesma parte), a decisão de todas deva ocorrer em única sentença que defina o juízo (CPC italiano, art. 277, alínea 1ª).

³⁸¹ Na ocasião, a Corte disse que, no caso concreto, a sentença proferida com base no art. 279, § 2º, V, do CPC italiano não havia disposto sobre a sucumbência, dispondo expressamente que tal seria definido na sentença final, e que a separação da causa não havia sido determinada nem por uma decisão de remessa da causa ao juiz instrutor, nem com outra decisão distinta.

civil aquiliana -, hipótese em que a improcedência do primeiro fundamento, em sentença não definitiva,³⁸² não impede a acolhida do segundo fundamento na sentença final e, portanto, definitiva, caso em que o autor não sofre qualquer prejuízo pela solução da primeira sentença.³⁸³

Não há como acolher os argumentos de Montesano e Arieta, que partem de pressupostos equivocados, pois os arts. 277, segunda parte e 279, § 2º, V, do CPC italiano, não tratam de demanda com mais de um fundamento, mas sim de demandas em que há cúmulo objetivo ou subjetivo. Ou seja, num só processo, há em verdade vários pedidos, seja pela pluralidade de autores ou réus, seja porque um autor formula várias pretensões contra um réu. Logicamente, se há um só pedido com vários fundamentos, não há várias demandas, mas uma só. Ao revés, havendo mais de um pedido, cada qual podendo ser solucionado independentemente do (s) outro (s), a solução de um deles, antes da de outro, é sempre **definitiva**, ainda que a sentença seja parcial, por não decidir toda a lide.

Portanto, no direito italiano, para determinar-se a natureza da sentença como definitiva ou não definitiva, em se tratando de demandas cumuladas, deve ser valorizado o seu conteúdo efetivo, razão pela qual é definitiva a sentença que exaure a decisão sobre uma das demandas, com caráter de autonomia e autossuficiência. Ao

³⁸² Sujeita, portanto, ao regime de impugnação diferida, de que trata o art. 340 do CPC italiano.

³⁸³ Diritto Processuale Civile - Il Processo di Cognizione Ordinaria. 3ª ed. Torino: G. Giappichelli, 1999, v. II, p. 313/314. Montesano e Arieta só admitem que uma sentença seja definitiva na hipótese de, frente a duas demandas, uma sentença decidir, quanto a uma demanda, totalmente o mérito ou resolver questão preliminar de mérito e outra reconhecer a incompetência do juiz em relação à outra demanda, caso em que o processo estará findo em relação ao juiz que a pronuncia.

contrário, será não definitiva a sentença que, remetendo adiante a solução da disputa entre as partes, dispõe sobre questão prejudicial ou algum capítulo de uma única demanda.³⁸⁴

O mesmo ocorre na Alemanha, onde a ZPO (§ 301)³⁸⁵ não só permite, mas impõe a sentença parcial de mérito, na hipótese de haver necessidade de instrução apenas para decidir parte da matéria do processo.³⁸⁶ Fragmenta-se o processo em várias fases, com a existência de várias sentenças definitivas, que o legislador alemão chama de **sentença final**.

³⁸⁴ Tal a lição de Taruffo que, juntamente com Ferri e Comoglio, refere a oscilação da jurisprudência sobre o art. 277, segunda parte, do CPC italiano, sustentando alguns julgados que se trata de sentença não definitiva, na hipótese de não ser determinada a cisão do processo. Em sendo essa determinada, a sentença é definitiva. Os doutrinadores apontam, forte na doutrina prevalente, que deve ser atentado ao conteúdo da decisão, independentemente da formal cisão do processo, importando, pois, que se apure se a sentença parcial é autônoma em relação aos pedidos cuja solução demande instrução. Havendo autonomia, a sentença é definitiva. Ao contrário, se a decisão não apreciar toda a questão, mas apenas alguns aspectos da mesma, não é definitiva (Comoglio, Luigi Paolo; Ferri, Corrado e Taruffo, Michele. *Lezioni Sul Processo Civile*. 2ª ed. Bologna: Il Mulino, 1995, p. 766/767). A importância para os italianos, como já referimos, é que se a sentença não é definitiva, cabe formular a apelação diferida, similar ao nosso agravo retido, chamada de *riserva di impugnazione* (CPC italiano, art. 340). Elio Fazzalari refere decisão da Corte de Cassação italiana, identificando, em tal caso, uma sentença definitiva, ainda que se tratasse, na sua ótica, de sentença não definitiva (Instituições de Direito Processual. Tradução de Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006, p. 187/188).

³⁸⁵ É a seguinte a redação do dispositivo:

§ 301. Quando entre várias pedidos formulados conjuntamente no processo só haja uma instruída suficientemente, ou apenas uma parte do pedido formulado isoladamente na ação principal, em caso de reconvenção, estejam em condições de serem resolvidos definitivamente, o Tribunal proferirá a correspondente sentença (sentença parcial).

O Tribunal poderá deixar de proferir a sentença parcial se, pelo estado da causa, entender que tal não é conveniente.

³⁸⁶ Essa é a dicção do § 301, da ZPO, que só poderá ser afastada na hipótese de o Tribunal verificar que a sentença global poderá ser proferida em breve, nos termos do seu inc. I (Jauernig, Othmar. *Direito Processual Civil*. tradução de F. Silveira Ramos. 25ª ed. Lisboa: Almedina, 2002, p. 312), não sendo conveniente, portanto, uma sentença parcial.

Diferente é a previsão do CPC italiano, cujos artigos 277 e 279, § 2º, V, combinado esse com os arts. 103 e 104, deixam ao critério do colegiado ou do juiz singular o julgamento parcial definitivo da causa, condicionando-o, ainda, a requerimento expresso da parte interessada, no art. 277, e de todas as partes, no caso dos arts. 103 e 104.

Sobre o tema, Othmar Jauernig refere que a sentença **final** pode ser **global** ou **parcial**. “Ambas são sentenças finais, pois resolvem o objeto do litígio: a sentença global em toda a extensão, a sentença parcial somente em parte”. Será global a sentença proferida depois de totalmente instruída a causa; e parcial aquela proferida na hipótese de não haver necessidade de instrução para a decisão de toda a causa, quando, por exemplo, já estiver provado parte do dano buscado pelo autor. Refere que a importância da sentença parcial, no caso, é porque ela não admite outro julgamento sobre a parte já decidida, pois parte do litígio já foi resolvida, dividindo-se o processo em fases distintas.³⁸⁷

Todavia, salienta que o direito processual alemão admite a sentença parcial para a decisão quanto ao fundamento do pedido, quando o valor do dano ainda não estiver suficientemente esclarecido. Nesse caso, a sentença não será final.³⁸⁸ No direito brasileiro, a situação referida afeiçoa-se com a sentença sujeita à liquidação, em que primeiro o juiz reconhece a obrigação do réu a indenizar o autor, e em outra fase (a partir da lei nº 11.232/05 a liquidação da sentença deixou de ser ação autônoma) o juiz fixará o valor do dano.

Também esse o magistério de Goldschmidt, quando distingue as sentenças em definitivas e incidentais, sendo que as primeiras finalizam o processo total ou

³⁸⁷ Direito Processual Civil. Tradução de F. Silveira Ramos. 25ª ed. Lisboa: Almedina, 2002, p. 311/312. O autor exemplifica com uma pretensão ao pagamento de dez mil marcos alemães, já estando provados os fatos relevantes quanto a uma parcela antes da instrução; ou então havendo pedido de pagamento de dois empréstimos, um deles pode ser julgado sem instrução probatória; também ocorre o fracionamento da decisão da causa no caso de só haver necessidade de instrução para a solução do pedido do autor, não da reconvenção, e vice-versa.

³⁸⁸ Jauernig, Othmar. Direito Processual Civil, cit., p. 312.

parcialmente, em uma instância. Na segunda hipótese, as sentenças são parciais, porque examinam parte da demanda suscetível de julgamento em separado, o mesmo ocorrendo no caso de cumulação de pedidos, reconvenção (desde que ela não esteja umbilicalmente ligada com o pedido do autor), cuja solução, ademais, não é afetada pela sentença que se seguir.³⁸⁹

Já há mais de quinze anos³⁹⁰ Ovídio Baptista, em célebre artigo, sustenta a possibilidade de sentenças parciais. Critica o raciocínio de Redenti, que confunde sentença definitiva com sentença final, sob o argumento de que só poderia ser caracterizado como definitivo o ato jurisdicional que encerrasse o processo, e que por isso não haveria definitividade quando, a despeito de encerrado o debate sobre determinado capítulo, não mais cabendo discussão a respeito, o processo tivesse continuidade. Por isso, na lição de Redenti, e da doutrina dominante, a sentença que, no juízo divisório, decreta a divisão do imóvel, com eficácia de coisa julgada, por não ser a última do processo, não seria definitiva, o mesmo ocorrendo com a que, na ação de prestação de contas, condena o réu a prestá-las.³⁹¹

³⁸⁹ Derecho Procesal Civil. Tradução de Leonardo Prieto Castro. 2ª ed. Editora Labor: Barcelona, 1936, p. 302.

³⁹⁰ Galeno Lacerda já falava, em 1971, na vigência do CPC de 1939, portanto, dos mandados e sentenças liminares, ordens judiciais proferidas com base em cognição sumária, ou seja, não exauriente, ou então em caso de revelia. Cita como exemplos as ações de consignação em pagamento, em que possível a prolação imediata da sentença havendo revelia do réu, o mesmo ocorrendo nas ações de despejo, renovatórias de locação, em que era possível, inclusive, a prolação da sentença, mesmo em sendo contestada, não havendo necessidade de produção de prova em audiência. Ainda, a intimação inicial nas ações de adjudicação, para a outorga de escritura definitiva, também sendo possível o pronto julgamento, em havendo revelia (Mandados e Sentenças Liminares. Revista Forense. Rio de Janeiro, vol. 236, ano 67, out. dez. 1971, p. 12/13).

Não é disso, todavia, que trata o presente trabalho, pois sustentamos a possibilidade de cisão do julgamento de mérito, com a prolação de mais de uma sentença num mesmo processo.

³⁹¹ Silva, Ovídio A. Baptista da. Decisões Interlocutórias e Sentenças Liminares, Revista da AJURIS, Porto Alegre, nº 51, mar. 1991, p. 143/144.

Entretanto, diverge Ovídio do jurista italiano, que sustenta não serem definitivas algumas sentenças por serem parciais, pois “o oposto a definitivo não é parcial, mas o provisório. É um erro gramatical e lógico dizer que uma sentença não é definitiva por ser uma sentença parcial. Se ela encerrar o litígio quanto ao ponto decidido, deverá ser classificada como definitiva, tanto porque define quanto porque põe termo àquele ponto apreciado pelo julgador”.³⁹²

Assim, ainda consoante o insigne jurista gaúcho, será sempre sentença o ato do juiz que, pondo ou não fim ao procedimento, encerre a discussão acerca de uma das ações cumuladas (por exemplo, a sentença da primeira fase da ação de prestação de contas), ainda que o procedimento continue para decisão sobre a parte da lide não objeto da sentença parcial, disso decorrendo que jamais será provisória a sentença a se pronunciar sobre o direito, porque a definitividade é a “marca essencial de todas as sentenças”. Por isso, o oposto da sentença definitiva jamais será a sentença provisória, mas sim a parcial, idêntica à primeira, na qual o juiz manifesta-se sobre parte da demanda, mas sem encerrar o procedimento, produzindo, do mesmo modo, a coisa julgada. Em ambas – sentença definitiva e parcial – o juiz pronuncia-se sobre o mérito, de tal forma que “o ponto decidido não poderá ser controvertido pelas partes naquela relação processual e nem o julgador poderá sobre ele emitir um julgamento divergente, nas fases posteriores do procedimento”.³⁹³

³⁹² Silva, Ovídio Baptista da. *Decisões Interlocutórias e Sentenças Liminares*, cit., p. 144. No mesmo sentido a lição de Alfredo Buzaid, para quem as “decisões definitivas são as que decidem (no todo ou em parte) o mérito da causa, *a lide*, e recebem o nome de sentenças em sentido estrito” (*Do Agravo de Petição no Sistema do Código de Processo Civil*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1956, p. 129).

³⁹³ *Idem*, p. 144/145. Observa-se, todavia, que para Ovídio tanto a sentença parcial como a final são definitivas, porque encerram o litígio quanto ao ponto sobre o qual decidem, fazendo-o de forma *definitiva*,

A doutrina mais recente também vem admitindo a existência das sentenças parciais de mérito, ainda que o façam com fulcro no art. 273, § 6º, do CPC, o que, já referimos, não satisfaz inteiramente a necessidade de uma prestação jurisdicional em prazo razoável, pois não abarca todas as hipóteses que, conforme sustentamos, podem ser abrangidas pela sentença parcial de mérito.

Daniel Mitidiero assevera, com propriedade, que distinguindo o CPC a sentença da decisão interlocutória com base na definitividade da prestação jurisdicional,³⁹⁴ e sendo a sentença o ato pelo qual o juiz aprecia definitivamente qualquer das matérias de que tratam os arts. 267 e 269 do mesmo Código, “não há como negar natureza de sentença à decisão que encerra a apreciação jurisdicional de conhecimento no que concerne à parcela incontroversa de um pedido ou que julga um dos pedidos incontroversos formulados em regime de cumulação simples”. Assim, julgando parcial e antecipadamente a lide, decidindo sobre o mérito da causa, o juiz profere *decisum* definitivo, que não pode ser modificado,³⁹⁵ uma vez ocorrente a preclusão consumativa (art. 463). Trata-se de “Sentença, pois, conquanto abarque apenas parcela do mérito. Sentença parcial de mérito, portanto”,³⁹⁶ que não se confunde com decisão interlocutória, pois essa “pressupõe estar entre dois marcos: interlocutar significa

ainda que ele conceitue como definitiva apenas a sentença que encerra o procedimento, chamando as anteriores de parciais.

³⁹⁴ Como faz, aliás, Ovídio Baptista da Silva.

³⁹⁵ Ressalvada, logicamente, a via recursal adequada.

³⁹⁶ Direito Fundamental ao Julgamento Definitivo da Parcela Incontroversa: Uma Proposta de Compreensão do art. 273, § 6º, do CPC, na perspectiva do Direito Fundamental a um Processo sem Dilações Indevidas (art. 5º, LXXVIII (CRFB), *in* Processo Civil e Estado Constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 49.

pronunciar-se sobre algo antevendo a necessidade de um passo adiante”,³⁹⁷ o que não ocorre com a sentença parcial de mérito, pois o passo adiante que se dá no processo não diz respeito ao que foi objeto daquela decisão, mas daquilo que ainda não foi decidido.³⁹⁸

A provisoriedade do ato decisório não decorre do fato de o processo prosseguir ou não, mas de sua **autoridade**, ou seja, se é “passível, ou não, de revogação”. Certo, proferida a sentença de mérito, prossegue o processo, mas tão-somente no tocante à parcela não resolvida da pretensão, porque carente de dilação probatória, a ser examinada posteriormente, em momento oportuno, mas sem que o que foi decidido possa ser reexaminado, ressalvada, entretanto, a reapreciação pela via recursal adequada. Trata-se, pois, de sentença **final** e não interlocutória.³⁹⁹

Não se justifica a manutenção do “mito da sentença única por processo”, que leva a absurdos no dia a dia do foro. Assim, se o réu, em demanda com pedidos cumulados, reconhece a procedência de algum deles, contestando os demais, a decisão final sobre

³⁹⁷ Mitidiero, Daniel. Sentenças Parciais de Mérito e Resolução Definitiva Fracionada da Causa (Lendo um Ensaio de Fredie Didier Jr.). In: Mitidiero, Daniel e Zaneti, Hermes Junior. Introdução ao Estudo do Processo Civil, Primeiras Linhas de um Paradigma Emergente. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2004, p. 172.

³⁹⁸ Carlos Alberto Alvaro de Oliveira refere outro exemplo de sentença parcial, ainda que não se adegue à hipótese versada neste trabalho, que trata da possibilidade de coexistirem duas ou mais sentenças de mérito num mesmo caderno processual. Refere o jurista o caso das cautelares provisionais previstas no art. 888 do CPC, em que a decisão ali proferida tem por base cognição plena e exauriente, limitada, entretanto, à “porção do litígio trazida ao conhecimento do órgão judicial, sendo, no entanto, equiparável a qualquer outra sentença definitiva” (Alvaro de Oliveira, Carlos Alberto e Lacerda, Galeno. Comentários ao Código de Processo Civil. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, v. III, t. II, p. 451). A distinção em relação ao presente trabalho, todavia, é que nessas cautelares, a sentença, ainda que parcial, decide toda a questão trazida ao órgão judicial no processo, mesmo que a lide possa ter maior abrangência, podendo o restante ser objeto de outra demanda.

³⁹⁹ Silva, Ricardo de Oliveira Filho. A Sentença Parcial de Mérito e o Processo Civil Moderno. Revista da AJURIS, Porto Alegre, nº 108, p. 289.

o pedido reconhecido, no mais das vezes, tem de esperar pela apreciação dos demais, ao fim do processo. Isso pode levar o autor a desistir de determinado pedido, para o qual é necessária prova pericial, apenas para permitir o pronto julgamento dos demais pedidos, que não demandam dilação probatória, razão pela qual o dogma da “*sentença única*” viola as normas-princípio de efetividade, instrumentalidade e adequação: inobserva a razoabilidade e a proporcionalidade, bem como afronta, expressamente, a nova definição legal”. Portanto, “sendo a sentença definida por seu conteúdo, tornou-se ainda mais clara a possibilidade de o juiz decidir, de imediato, certo pedido, fazendo-o sob a forma de *sentença*”, mas desde que os pedidos cumulados sejam autônomos.⁴⁰⁰

Também o direito romano já admitia a decisão separada de várias questões, distinguíveis no plano lógico, num mesmo processo, resolvendo-se capítulos (*capitae*), o que, segundo Arruda Alvim, teria resultado no provérbio *tot capita tot sententiae*. Proferia-se a sentença quando finda a instrução da causa; entretanto, havendo mais de um capítulo, “a respeito de cada um se proferiria uma sentença, continuando o processo com os demais”.⁴⁰¹

O próprio Marinoni, a despeito de sustentar que, *a priori*, “não é possível a cisão do julgamento dos pedidos cumulados, ou o julgamento antecipado de parcela do pedido, prevalecendo o princípio chiovendiano ‘della unità e unicità della decisione’”, reconhece que tal dogma não é incompatível com outros formulados pelo próprio

⁴⁰⁰ Redondo, Bruno Garcia. Sentença parcial de mérito e apelação em autos suplementares. Revista de Processo. São Paulo, ano 33, nº 160, jun. 2008, p. 149/150.

⁴⁰¹ SENTENÇA NO PROCESSO CIVIL - As diversas formas de terminação do processo em primeiro grau. Revista do Processo, São Paulo, nº 2, abr-jun/1976, p. 37.

Chiovenda, mormente aquele que diz não poder o processo prejudicar o autor que tem razão.⁴⁰²

Tem-se, portanto, que a sentença parcial de mérito é um instrumento colocado à disposição do juiz visando à maior efetividade do processo e, especialmente, a uma prestação jurisdicional mais célere, pois não se justifica, por exemplo, que podendo um pedido cumulado ser resolvido já por ocasião da audiência de que trata o art. 331 do CPC, imponha-se ao autor esperar pela conclusão da instrução, que poderá, em vista de necessidade de prova pericial e oral, demandar vários anos, quando ele poderia ter atendida com brevidade ao menos parte da pretensão trazida a juízo.

Ademais, na medida em que se trata de instituto totalmente desvinculado do art. 273, § 3º, do CPC, não está o juiz dependente, nos termos do caput do artigo, de pedido da parte autora⁴⁰³ para proferir decisão parcial do mérito. Ao revés, o julgamento antecipado, de que trata o art. 330 do CPC é, consoante a doutrina⁴⁰⁴ e jurisprudência,⁴⁰⁵ imposição e não faculdade do juiz, razão pela qual, se determinada

⁴⁰² Luiz Guilherme Marinoni, Tutela Antecipada e Julgamento Antecipado - Parte Incontroversa da Demanda. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 139.

⁴⁰³ Ou réu, em se tratando de reconvenção, onde ele é autor da demanda.

⁴⁰⁴ Veja-se, entre tantos, o magistério de Joel Dias Figueira Junior, para quem “a regra insculpida no art. 330 é de ordem pública e, portanto, de natureza cogente, não ficando ao talante do juiz ou das partes a utilização ou não do instituto do julgamento antecipado da lide”. Assim, presente a hipótese dos incs. I ou II do art. 330 do CPC, o julgamento é impositivo, sem que se caracterize cerceamento a qualquer das partes. Cogita-se, pois, de “*dever do juiz* e não de faculdade ou simples liberalidade” (Comentários ao Código de Processo Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, v. IV, t. II, p. 454).

⁴⁰⁵ Nesse sentido no STJ, REsp 136.381/PB, Rel. Ministro WALDEMAR ZVEITER, Terceira Turma, julgado em 19.02.1998, DJ 27.04.1998 p. 155. No Tribunal de Justiça gaúcho, Apelação Cível Nº 599348331, Nona Câmara Cível, Relatora a Desa. Mara Larsen Chechi, Julgado em 27/09/2000.

questão já está pronta para ser decidida, o juiz deverá proferir sentença parcial de mérito, não cabendo a ele postergar sua solução para o final da instrução.⁴⁰⁶

Importante ressaltar que a sentença parcial de mérito, como sustentamos, volta-se apenas para a solução de parte da lide quando houver total autonomia entre a parte decidida no curso do processo e aquela que sobejar para a segunda sentença (ou terceira, em casos excepcionais). Na dicção de Dinamarco, “a complexidade do objeto do processo, seja em virtude da cumulação de pedidos na demanda deduzida pelo autor, seja pela superveniência de pedidos (reconvenção, etc.), repercute necessariamente na sentença de mérito mediante a necessária presença de tantos capítulos quantos forem os pedidos postos diante do juiz à espera de julgamento”. Refere o jurista nacional, com espedeque em lições de Chiovenda, que nesse caso, “a autonomia de cada um destes (*pedidos*) é natural decorrência de uma observação muito simples, a saber, da observação de que as diversas parcelas do *petitum* bem poderiam ter sido objeto de demandas separadas, propostas em tempos diferentes e dando origem a dois ou mais processos – sendo portanto meramente circunstancial a junção de todas em um processo só, para serem decididas mediante sentença formalmente única. Daí o predicado da *autonomia*, que, em relação aos capítulos que decidem sobre pedidos diferentes, assume dois significados: a) o da possibilidade de

⁴⁰⁶ Tal afirmação não pode ser tomada em termos absolutos, pois dependerá da realidade de cada juízo. Assim, em juízo onde a instrução possa ser concluída em poucos meses, não se justifica a prolação de sentença parcial, pois ela implica a interposição de dois recursos, com abarrotamento ainda maior dos Tribunais de apelação. Todavia, se o juiz desde logo verifica que a instrução demandará longo tempo (quase um ano, ou muito mais), não poderá negar a prestação jurisdicional definitiva imediata, ainda que parcial, pena de impor sensível prejuízo ao autor - ou réu, em se tratando de reconvenção. Essa é a lição, já referida, de Othmar Jauernig, ao afirmar que a prolação da sentença parcial fica ao critério do Tribunal, conforme o § 301, II, da ZPO, na hipótese, por exemplo, de a sentença global (a última) poder ser proferida em breve (Direito Processual Civil. Tradução de F. Silveira Ramos. 25ª ed. Lisboa: Almedina, 2002, p. 312).

que cada um deles fosse objeto de um processo separado e (b) o da regência de cada um por pressupostos próprios, que não se confundem necessariamente nem por inteiro com os pressupostos dos demais”.⁴⁰⁷

Ainda, a sentença parcial também será possível quando o objeto do processo, ainda que haja um único pedido, seja decomponível, permitindo-se conceder ao autor menos do que ele postula. O caso clássico diz respeito à postulação que diga respeito a “coisas suscetíveis de serem dimensionadas em peso, extensão ou quantidade ou, em geral, em unidades possíveis de serem separadas”. Como exemplo podemos citar pretensão tendo por objeto coisas fungíveis – especialmente o dinheiro – que, por sua natureza, podem ser quantificadas pelo número de unidades. Assim, em que pese o pedido seja *certo e determinado*, e apenas um só, será decomposto ideologicamente quando o juiz decidir que ao autor cabe somente parte do que pretendeu. Portanto, buscando o autor cem unidades, mas sendo a sentença de procedência parcial, condenando o réu a pagar àquele apenas oitenta unidades, a sentença terá dois capítulos de mérito autônomos, além de um terceiro relativo à sucumbência: um concedendo oitenta unidades, outro negando vinte delas.⁴⁰⁸

Ao contrário, se não houver essa autonomia, por certo não será recomendável a prolação de sentença parcial.⁴⁰⁹

⁴⁰⁷ Dinamarco, Cândido Rangel. *Capítulos de Sentença*. 3ª ed. Malheiros: São Paulo, 2008, p. 42/43.

⁴⁰⁸ Dinamarco. *Capítulos de Sentença*, cit. p. 29, 70/72.

⁴⁰⁹ Lógico que não há impedimento a que o juiz assim o faça. Todavia, haverá o risco de que, reformada a primeira sentença parcial, tudo o que a ela seguir-se no processo poderá ficar prejudicado. Assim, por exemplo, numa demanda possessória com indenização por perdas e danos, ainda que possível o julgamento parcial da pretensão possessória, devidamente contestada pelo réu, não é recomendável que o juiz decida-a de imediato, deixando para a futura sentença a solução da pretensão indenizatória, pois

Cumpra referir, do mesmo modo, que o não fracionamento do julgamento do mérito da causa implica desmotivar a parte de ajuizar ações cumuladas em um só processo. Sucede que, quando da propositura de demandas cumuladas, o autor não sabe qual será a defesa do réu acerca de cada um dos pedidos, partindo do pressuposto de que para todos haverá necessidade de instrução.

Porém, se ao final da fase postulatória um dos pedidos puder ser decidido sem dilação probatória, e ainda assim o juiz, como normalmente ocorre, não tomar a iniciativa de proferir sentença parcial, postergando a solução de todos os pedidos para o final da instrução,⁴¹⁰ o que poderá demandar vários anos, na próxima oportunidade em que surgir ao operador do direito a possibilidade de cumulação de pedidos, virá à sua lembrança a experiência anterior, o que poderá levá-lo a ajuizar duas ou mais demandas, e não apenas uma, com isso abarrotando ainda mais o Poder Judiciário.

essa poderá restar fulminada em seu objeto na hipótese de reforma da sentença que tenha acolhido a pretensão possessória. Nas circunstâncias, melhor será ao juiz proferir uma só sentença, julgando as duas pretensões conjuntamente. Ou, se entender provados apenas os prejuízos, mas não sua extensão, remeter à liquidação apenas a apuração desses. Praxe essa usual no foro.

Na verdade, a hipótese referida, que não se recomenda adotar no primeiro grau de jurisdição, pode ser usada com mais frequência no segundo grau, pois o Tribunal pode decidir pela procedência do pedido possessório, para o que já há prova suficiente nos autos, desconstituindo a sentença quanto ao mais, pela ausência de prova não só da extensão dos danos, mas de sua própria ocorrência. Lógico que se a decisão do Tribunal tem base no conjunto probatório, ela dificilmente será alterada em sede de apelo extremo, porque à instância especial não é dado valorar a prova (quando muito pode dar coloração jurídica aos fatos diversa da que deu o Tribunal), razão pela qual dificilmente a decisão que acolheu o pedido possessório será reformada.

Isso, Aliás, foi o que fez a Decima Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça no acórdão parcial por nós relatado, já referido (apelação cível nº 70006762470), em que foi acolhida a pretensão de desconstituição de transação judicial homologada em juízo, que era prejudicial ao pedido cominatório, a ser resolvido pelo primeiro grau depois de realizada prova pericial.

⁴¹⁰ Essa é a postura comum dos juizes, como, aliás, leciona Ricardo Tjader, para quem a sentença não prescinde da realização das provas atinentes a todos os pedidos (Cumulação Eventual de Pedidos - Art. 289 do CPC sem segredos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 79).

5.2.3 Recurso cabível contra a sentença parcial de mérito

Dois são os recursos previstos no sistema processual civil brasileiro para as decisões proferidas pelo juiz de primeiro grau.⁴¹¹ Contra as decisões interlocutórias, cabível a interposição do agravo, em regra na forma retida – excepcionalmente, por instrumento⁴¹² -, nos termos do art. 522 do CPC; contra as sentenças, o recurso cabível é a apelação, ut art. 513 do mesmo estatuto.⁴¹³

O idealizador do CPC vigente, Alfredo Buzaid, faz clara classificação das decisões do juiz de primeiro grau. Ainda na vigência do CPC de 1939, o eminente jurista assim definiu os atos praticados pelo magistrado, em primeira instância: 1) despachos de expediente ou ordinatórios, que se limitam a dispor sobre o andamento do processo, e que são em grande número; 2) despachos interlocutórios, que decidem as questões controvertidas atinentes à regularidade e à marcha do processo, sem por termo a esse; 3) decisões terminativas do processo, que, a despeito de colocarem termo ao processo, não dizem respeito ao mérito da causa, mas tão-somente a questões de natureza processual, e que, em regra, são recorríveis via agravo de petição; 4) decisões

⁴¹¹ Há, ainda, os embargos infringentes interpostos contra as sentenças proferidas pelo juiz singular, nas execuções fiscais e respectivos embargos, desde que o valor das causas não supere o equivalente a 50 ORTNs, conforme o art. 34 da Lei nº 6.830/80. Tais embargos são julgados pelo próprio juiz, pelo que até mesmo duvidosa sua natureza jurídica recursal.

⁴¹² Conforme o caput do art. 522 do CPC, cabe agravo de instrumento apenas quando a decisão recorrida seja passível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação, bem como nos casos de inadmissão da apelação e nos relativos aos efeitos em que recebida.

⁴¹³ Os despachos de mero expediente são irrecorríveis, nos termos do art. 504, podendo quando muito ser atacados pela via da correção parcial que, sabidamente, não é recurso, mas meio para corrigir *error in procedendo*.

definitivas, que decidem o mérito da causa, sendo por isso chamadas de sentença em sentido estrito.⁴¹⁴

Quanto ao CPC atual, Daniel Mitidiero assevera que, “Na técnica do Código Buzaid (1973-1994), os ‘despachos interlocutórios’ resolveram-se em ‘decisões interlocutórias’ (art. 162, § 2º), sobrando no âmbito das sentenças (art. 162, § 1º) tanto as ‘decisões terminativas’ como as ‘decisões definitivas’ de outrora. Essa ligação está autorizada mesmo por Alfredo Buzaid; ao expor os motivos do Projeto do Código de 1973, Buzaid observara: ‘diversamente do Código vigente, o projeto simplifica o sistema de recursos. Concede apelação só de sentença; de todas as decisões interlocutórias, agravo de instrumento. Esta solução atende plenamente aos princípios fundamentais do Código, sem sacrificar o andamento da causa e sem retardar injustificadamente a resolução de questões incidentes, muitas das quais são de importância decisiva para a apreciação do mérito. O critério que distingue os dois recursos é simples. Se o juiz põe termo ao processo, cabe apelação. Não importa indagar se decidiu ou não o mérito. A condição do recurso é que tenha havido julgamento final do processo. Cabe agravo de instrumento de toda a decisão, proferida no curso do processo, pela qual o juiz resolve questão incidente”⁴¹⁵. A sentença, aliás, era o ato tido por Buzaid como o mais

⁴¹⁴ Do Agravo de Petição no Sistema do Código de Processo Civil. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1956, p. 128/129.

⁴¹⁵ Direito Fundamental ao Julgamento Definitivo da Parcela Incontroversa: Uma Proposta de Compreensão do art. 273, § 6º, do CPC, na perspectiva do Direito Fundamental a um Processo sem Dilações Indevidas (art. 5º, LXXVIII (CRFB), *in* Processo Civil e Estado Constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 51.

importante praticado pelo juiz, em contraposição à inicial, ato mais importante da parte.

416

Marinoni e Arenhart referem que a sentença desafia a apelação, nos termos do art. 513 do CPC, mas somente na hipótese de ela extinguir o processo, não sendo sentença e, portanto, apelável, o ato judicial que não ponha fim ao procedimento em primeiro grau de jurisdição. Já o agravo, retido ou por instrumento, é cabível contra as decisões interlocutórias, inclusive aquelas que, podendo ser sentença, por apreciarem o direito objeto do processo, nele não ponham termo.⁴¹⁷

Barbosa Moreira leciona que a apelação é o recurso cabível contra as sentenças definitivas e terminativas, ou seja, “contra toda e qualquer sentença, entendido esse termo, na conformidade do que reza o art. 162, § 1º, como o ato que põe fim ao procedimento de primeiro grau, decidindo ou não o mérito da causa”, não sendo sentença, portanto, a decisão que exclui do feito um dos litigantes, prosseguindo o processo em relação aos demais. Já o agravo é cabível contra todas as decisões interlocutórias de primeiro grau, não cabendo, entretanto, contra pronunciamentos sem conteúdo decisório, que são os despachos de mero expediente.⁴¹⁸

⁴¹⁶ Estudos e Pareceres de Direito Processual Civil. Notas de adaptação do direito vigente de Ada Pellegrini Grinover e Flavio Luiz Yarshell. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 42.

⁴¹⁷ Os autores referem, com base em jurisprudência do STJ, que a decisão que extingue a ação declaratória incidental não é sentença e, portanto, não é apelável. Do mesmo modo, não será sentença a decisão que rejeita um dos pedidos cumulados na petição inicial (Manual do Processo de Conhecimento. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 524/525 e 533). Note-se, todavia, que a obra é anterior à lei nº 11.232/05.

⁴¹⁸ Comentários ao Código de Processo Civil. 12ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 415 e 492. Novamente, cumpre frisar que se trata de obra anterior à vigência da Lei nº 11.232/05.

Humberto Theodoro Junior, lecionando já na vigência da Lei nº 11.232/05, ao analisar o novo conceito de sentença, refere que o legislador, ao alterar os arts. 162, 267 e 269 do CPC, deixou ao intérprete uma grave missão, pois “A reforma ficou a meio caminho: criou um grave problema e não cuidou de dar-lhe solução, quer no campo da maior precisão do que deveria ser a sentença, quer na adaptação do sistema recursal à nova definição de sentença”. Acerca da rejeição liminar da reconvenção ou da denunciação da lide, sustenta que não devem ser qualificadas como sentença, por motivos óbvios, pois do contrário a apelação interposta contra o ato judicial implicaria a paralisação do processo até a apreciação pelo Tribunal. O mesmo ocorre, na opinião do insigne jurista, quanto aos demais atos judiciais tratados no art. 267 e 269. Se resolver questão incidente, será decisão interlocutória e, pois, agravável. E, ainda que aprecie o mérito, só será sentença se solucionar integralmente todos os pedidos formulados em juízo.⁴¹⁹

No direito processual civil italiano, como já vimos, os atos praticados pelo juiz consistem também em *decreto* (despachos), *ordinanza* (decisões interlocutórias) e *sentenza* (sentença), e que se assemelham aos nossos despachos, decisões interlocutórias e sentenças, respectivamente.

O *decreto* é irrecorrível. As *ordinanze* não podem ser objeto de recurso específico, mas as proferidas pelo juiz instrutor podem ser levadas a reexame do colegiado pela parte prejudicada, desde que apresente *reclamo* no prazo de dez dias contados da data

⁴¹⁹ As Novas Reformas do Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 5/6.

em que delas tiver ciência. Do mesmo modo, a decisão proferida pelo juiz instrutor que implicar a extinção do processo também pode ser objeto de *reclamo* ao colegiado. As sentenças, por seu turno, são passíveis de apelação e de recurso de cassação, nos termos do art. 323 do CPC italiano.⁴²⁰

A particularidade do direito processual civil italiano reside no fato de que a apelação não está restrita ao exame do mérito da causa, porque a sentença pode versar sobre questões de jurisdição ou competência, preliminares processuais ou de mérito, nos termos do art. 279 do CPC italiano. Assim, ao contrário do direito processual civil brasileiro, em que tais questões normalmente são objeto de decisão interlocutória, desafiando agravo (retido ou por instrumento), na Itália elas serão sempre decididas por sentença e, portanto, desafiam apelação.

Outra particularidade existente no direito processual civil italiano diz respeito à apelação retida, interposta contra as sentenças não definitivas. Trata-se de recurso previsto no art. 340 do CPC italiano,⁴²¹ e que pode ser interposto contra as sentenças previstas nos arts. 278 e 279, § 2º, item IV. No primeiro caso, trata-se da sentença sujeita à liquidação, ou seja, de condenação genérica, uma vez necessária a apuração do valor do dano, já estando a responsabilidade indenizatória estabelecida, sendo possível, ainda, que a mesma sentença desde já condene o réu ao pagamento da

⁴²⁰ O dispositivo em comento prescreve ainda que as sentenças são passíveis de *revocazione* e de *opposizione del terzo*. A primeira hipótese é a nossa ação rescisória; a segunda, os embargos de terceiro. Não trataremos desses institutos porque não interessam ao presente estudo.

⁴²¹ O legislador processual civil italiano também prevê o recurso de cassação retido, regulado pelo art. 361 do CPC italiano.

quantia para cuja apuração não haja necessidade de dilação probatória.⁴²² No segundo, a sentença trata de questões relativas à jurisdição ou competência, sem definir, todavia, o juízo. Nesse caso, a parte sucumbente manifesta sua irresignação contra a sentença, mas o recurso não é processado, só subindo ao Tribunal na hipótese de apresentação de apelação não diferida contra qualquer sentença proferida posteriormente, definitiva ou não definitiva.⁴²³

Relativamente aos institutos analisados, temos, quanto à condenação com reserva, que o recurso cabível dependerá da natureza jurídica da decisão que a profere. Assim, se o legislador dispõe que a condenação com reserva seja proferida mediante sentença, então ela será passível de apelação. Já em se tratando de *ordinanza*, ela é irrecorrível.

Quanto às hipóteses típicas de condenação com reserva, a do art. 1462 do Código Civil italiano, a despeito da omissão do legislador, deve ser proferida por

⁴²² Para nós, a hipótese caracterizaria uma sentença parcial de mérito, que é a sentença sujeita à liquidação.

⁴²³ Na lição de Francesco Luiso, a apelação diferida deve ser interposta quando no processo seja interposta apelação não diferida contra uma sentença sucessiva, seja definitiva, como normalmente ocorre, seja, excepcionalmente, outra sentença não definitiva. Portanto, sobrevindo uma sentença contra a qual foi interposta apelação não diferida, deve imediatamente ser interposta a apelação contra a sentença não definitiva em relação à qual foi manifestada a reserva de apelo. Isso não ocorrendo, essa sentença passa em julgado (*Diritto processuale civile - Il Processo di Cognizione*. 3ª ed. Milano: Giuffrè, 2000, v. II, p. 183).

Verifica-se, assim, que diferentemente do nosso agravo retido, em que as razões devem acompanhar a sua interposição, a apelação diferida do direito processual civil italiano exige apenas uma simples manifestação contrária à sentença. As razões são apresentadas em momento oportuno, quando a parte efetivamente apelar.

sentença e, portanto, passível de apelo. Trata-se de questão pacífica não só na doutrina como na jurisprudência italianas.⁴²⁴

Nas hipóteses dos arts. 35 e 36 do CPC italiano, há expressa disposição quanto à natureza jurídica da decisão - sentença, portanto, apelável, o mesmo ocorrendo com os arts. 65 do Decreto Real nº 1669/33 (Lei das Cambiais) e art. 57 do Decreto Real nº 1.736/33 (Lei dos Cheques).

Note-se que não há critério por parte do legislador italiano quanto à fixação da recorribilidade ou irrecorribilidade do ato judicial que decreta a condenação com reserva, pois enquanto ele permite o recurso em casos em que há simples condenação ao pagamento de soma em dinheiro, cujas consequências são perfeitamente reversíveis, não o admite em hipóteses em que as consequências são muito mais graves, ou seja, na decretação do despejo do locatário (art. 665 do CPC) e na extinção de enfiteuse e prestações fundiárias perpétuas (art. 4º, da Lei nº 607/1966).

Assim, o emitente de um cheque, contra o qual for proferida sentença de condenação com reserva, poderá dela recorrer; já o locatário, na mesma situação, não poderá fazê-lo. Certo, o juiz sempre poderá condicionar a execução da *ordinanza* à prestação de caução, para garantir os prejuízos do locatário, o que não impede a execução do despejo, ainda que, consoante a jurisprudência italiana, o acolhimento da

⁴²⁴ Scarselli, Giuliano. *La Condanna con Riserva*. Milano: Dott A. Giuffrè, 1989, pag. 326.

defesa do locatário implique o retorno ao *status quo ante*, assegurada também uma reparação pelos danos sofridos.⁴²⁵

De lembrar, ainda, que a apelação contra a sentença que proferir a condenação com reserva não pode ser retida, pois embora se trate de decisão não definitiva, por proferida com base em cognição parcial, essa espécie de apelo, conforme antes referimos, aplica-se, nos termos do art. 340 do CPC italiano, a hipóteses excepcionais, tão-somente às sentenças previstas nos arts. 278 e 279, segunda parte, nº 4, do art. 279 do mesmo Código, que não guardam relação com a sentença de condenação com reserva.

Já na antecipação da tutela, em se tratando de decisão interlocutória, sua impugnação será feita pela via do agravo de instrumento, interposto diretamente ao Tribunal, uma vez que a parte prejudicada com a concessão ou indeferimento da medida terá sempre o interesse em submetê-la de imediato ao segundo grau de jurisdição.⁴²⁶

⁴²⁵ Acórdão nº 1096 da Corte de Cassação Italiana, decisão de 19.04.1955, *apud* Scarselli, Giuliano. *La Condanna con Riserva*. Milano: Dott A. Giuffrè, 1989, pag. 339.

⁴²⁶ Como diz Teori Zavascki, sendo o agravo retido examinado apenas quando o tribunal apreciar a apelação, “de escassa utilidade seria o seu exame para deferir ou não pedido de tutela antecipatória, já que: (a) se a apelação confirmar a procedência do pedido, a ‘antecipação da tutela’ poderá ser obtida mediante execução provisória do próprio acórdão, cujos meios de impugnação, em geral, não terão efeito suspensivo (esse efeito existirá apenas no caso de decisão por maioria, sujeita a embargos infringentes, e mesmo assim nas restritas hipóteses em que também a apelação esteve sujeita ao referido efeito; e (b) se, ao julgar a apelação, o tribunal concluir pela improcedência da demanda, obviamente não terá razão nem fundamento para, na mesma oportunidade, deferir a medida antecipatória” (*Antecipação da Tutela*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 109).

Lembra-se de que com a reforma do CPC pela Lei nº 10.352/2001, os embargos infringentes passaram a ser cabíveis apenas na hipótese de reforma da sentença de mérito. Ou seja, mesmo havendo divergência, o recurso não mais é cabível se a sentença for confirmada pelo Tribunal.

No Tribunal, o Relator poderá, conforme o art. 527, I, do CPC, negar seguimento ao agravo, aplicando o art. 557, *caput*. Do mesmo modo, poderá prover o agravo, nas hipóteses do art. 557, § 1º-A, que se aplica a todos os recursos, indistintamente. Em ambos os casos, o Relator profere decisão monocrática de julgamento do recurso, substituindo-se ao colegiado, podendo a parte apresentar recurso de agravo inominado, previsto no art. 557, § 1º, que desta feita será julgado pela Câmara ou Turma. Ainda, o Relator poderá converter o agravo de instrumento em retido, na hipótese do art. 527, II, caso em que o mérito recursal só será examinado quando do julgamento da apelação. Isso não ocorrendo, o Relator deverá decidir sobre eventual pedido de efeito suspensivo (inclusive ativo) do agravo, facultando-se-lhe, uma vez preenchidos os requisitos legais, suspender – total ou parcialmente - os efeitos da decisão agravada que tenha concedido a antecipação da tutela ou, ao contrário, conceder – total ou parcialmente – a antecipação da tutela indeferida em primeiro grau de jurisdição.

Por dicção expressa do § único do art. 527, com a redação da Lei nº 11.187/05, as decisões do Relator que convertem o agravo em retido ou que concedem ou negam o efeito suspensivo (inclusive ativo) ao agravo são irrecorríveis, só podendo ser reformadas quando do julgamento do agravo pelo colegiado, salvo se o próprio relator a reconsiderar. Como dizem Sergio Porto e Daniel Ustárroz, “a interpretação da norma legal deve ser realizada de acordo com os princípios que regem a atividade das partes em sede recursal. Dessa forma, tendo em vista a taxatividade e a própria redação da norma, conclusão lógica vai no sentido de que este ato do juiz é irrecorrível. Houve

A outra hipótese, não referida por Teori, é a do agravo interposto contra a decisão que concede a antecipação da tutela. Nesse caso, também não teria qualquer eficácia o agravo retido, vez que, não tendo efeito suspensivo, persistiriam os efeitos da decisão antecipatória até o julgamento da apelação.

clara limitação ao uso de expedientes impugnativos, com o propósito de abreviar o trâmite até o julgamento”.⁴²⁷

Questão tormentosa surge, no entanto, quanto ao recurso cabível contra a decisão que, na hipótese do art. 273, § 6º, do CPC, enfrente o mérito da causa, ainda que de forma parcial. Para a maioria da doutrina, tradicional, que entende tratar-se de mera decisão antecipatória da tutela, a despeito de proferida com base em cognição exauriente, a resposta é tranquila: o recurso será, como nos demais casos de antecipação da tutela, o agravo. Para outros, que sustentam não se tratar de mera antecipação da tutela, mas decisão definitiva, ainda que interlocutória, o recurso também será o de agravo, em que pese processado como se fosse apelação, dando ensejo, assim, à sustentação oral, embargos infringentes, não retenção dos recursos especial e extraordinário, etc.⁴²⁸

⁴²⁷ Manual dos Recursos Cíveis. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 109/110. Em que pese não seja esse o objeto do presente estudo, tem-se de dizer que discordamos frontalmente da disposição legal que, pelo menos em relação à decisão do Relator que converte o agravo de instrumento em retido, não admite a interposição de recurso, pois isso implicaria dar-lhe poder demasiado. Ademais, parece que não foi essa a intenção do legislador, pois ele refere-se, no § único do art. 527, a “decisão liminar”. Sucede que a decisão que converte o agravo de instrumento em retido não é liminar, mas definitiva, impedindo o exame do recurso pelo colegiado. Ademais, inadmitir a recorribilidade dessa decisão implica admitir que a parte prejudicada busque, na via mandado de segurança, o efeito de *destrancar* o agravo, para que seja devidamente processado. Ou então, como leciona Clito Forniciari Junior, ao invés do processamento do retido como agravo de instrumento, obter o “enfrentamento da própria questão atacada pelo retido, pois o mandamus contra decisão judicial é assegurado sempre que, na lei processual, inexista recurso dotado de efeito suspensivo” (O Renascer do Mandado de Segurança contra Ato Judicial, RJ, v. 344, p. 17, *apud* Sergio Porto e Daniel Ustárroz. Manual dos Recursos Cíveis, cit., p. 110, nota nº 166).

⁴²⁸ Didier, Fredie Jr. Inovações na antecipação dos efeitos da tutela e a resolução parcial do mérito, in GENESIS - Revista de Direito Processual Civil, Curitiba, v. 26, out-dez. 2002, p. 717, 719/720; Cunha, Leonardo José Carneiro da, O § 6º do art. 273 do CPC: Tutela Antecipada Parcial ou Julgamento Antecipado Parcial da Lide?. Revista Dialética de Direito Processual, São Paulo, 2003, v. I, p. 122/125.

Entretanto, para os que sustentam tratar-se o questionado ato judicial de sentença, e não mera decisão interlocutória,⁴²⁹ surge a dúvida: qual o recurso cabível?

Daniel Mitidiero advoga o cabimento do agravo de instrumento, pelo menos enquanto não houver previsão, no direito processual civil brasileiro, de uma apelação parcial ou incidente. De qualquer forma, sustenta que o tratamento desse agravo, no Tribunal, deva ser o dado à apelação, com direito à sustentação oral, revisão e embargos infringentes, quando cabíveis. Do mesmo modo, não haverá retenção de eventuais recursos extraordinário e/ou especial, assim como será passível o ajuizamento de ação rescisória.⁴³⁰

Sergio Porto e Daniel Ustárroz também sustentam o cabimento do agravo, porque, do contrário, teríamos de admitir uma apelação por instrumento, inexistente no plano legislativo.⁴³¹ Além disso, a admissão da apelação implicaria suspender o processo perante o primeiro grau de jurisdição, à espera de decisão, pelo Tribunal, do ponto fracionado da causa, o que violaria a garantia da efetividade.⁴³² Esse mesmo

⁴²⁹ Assim: Felipe Camilo Dall'Alba. Sentenças Parciais de Mérito: Sua Aplicação Na Praxe Forense Brasileira, Revista da AJURIS, Porto Alegre: v. 99, set. 2005, p. 368; Daniel Mitidiero. Direito Fundamental ao Julgamento Definitivo da Parcela Incontroversa: Uma Proposta de Compreensão do art. 273, § 6º, do CPC, na perspectiva do Direito Fundamental a um Processo sem Dilações Indevidas (art. 5º, LXXVIII (CRFB)). *in* Processo Civil e Estado Constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 53; Ricardo de Oliveira Silva Filho. A Sentença Parcial de Mérito e o Processo Civil Moderno. Revista da AJURIS, Porto Alegre, nº 108, p. 287/295.

⁴³⁰ Daniel Mitidiero. Direito Fundamental ao Julgamento Definitivo da Parcela Incontroversa: Uma Proposta de Compreensão do art. 273, § 6º, do CPC, na perspectiva do Direito Fundamental a um Processo sem Dilações Indevidas (art. 5º, LXXVIII (CRFB)), *in* Processo Civil e Estado Constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 53.

⁴³¹ Isso, dizem os juristas citados, permitiria considerar com maior facilidade a admissão dos embargos infringentes contra a decisão do Tribunal acerca do recurso de apelação contra a sentença parcial (Manual dos Recursos Cíveis. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 79).

⁴³² Manual dos Recursos Cíveis. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 79.

inconveniente é referido por Humberto Theodoro Junior, quando diz que, como somente a sentença que decide inteiramente todos os pedidos pode por fim ao processo, apenas esse ato é apelável – os demais são agraváveis -, admitir-se apelação contra atos judiciais anteriores implicaria a paralisação da marcha do processo, pois para o julgamento do recurso os autos teriam de subir ao Tribunal.⁴³³

A solução mais correta para tormentosa questão é-nos dada por Ricardo Oliveira Silva Filho, que sustenta o cabimento da apelação, mediante a formação de autos suplementares,⁴³⁴ sem qualquer influência sobre a marcha do processo que prossegue para o julgamento do restante da demanda.⁴³⁵ Ademais, não admitida a apelação, ficaria obstado o uso das faculdades processuais restritas à apelação – sustentação oral, embargos infringentes, não retenção dos recursos especial e extraordinário.

Idêntica é a lição de José Maria Rosa Tesheiner, que advoga, em se tratando de sentença definitiva, a utilização da apelação por instrumento, que terá curso em autos apartados, “devidamente instruída com as cópias necessárias à compreensão da

⁴³³ As Novas Reformas do Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 5/7.

⁴³⁴ Essa sempre foi a nossa orientação no exercício da jurisdição de primeiro grau, como se vê, por exemplo, já da sentença parcial proferida em 14.03.2006, no processo nº 1052267650-6, perante a Quinta Vara da Fazenda Pública de Porto Alegre, idêntico procedimento adotando nas demais referidas.

⁴³⁵ Note-se que a sentença parcial decide parte da lide, totalmente independente daquela que não foi decidida. Essa, aliás, é a lição de Francesco Luiso, para quem a segunda sentença parcial poderá, do ponto de vista econômico, minorar as consequências fáticas que a primeira impôs ao sucumbente, “mas não poderá jamais anular sua eficácia, não poderá jamais absorver os efeitos resultantes da primeira sentença, como, do contrário, ocorre no confronto entre a sentença não definitiva e a definitiva” (Diritto Processuale Civile - Il processo di cognizione. 3ª ed. Milano: Giuffrè, 2000, v. II, p. 192/194), pelo que não prospera o argumento de Sergio Porto e Daniel Ustároz no sentido de que a apelação, mesmo por instrumento, operaria a suspensão do processo que prossegue em primeiro grau de jurisdição.

matéria, declaradas autênticas pelo advogado, para que não se paralise o processo”.

436

Ressalte-se, ainda, que o CPC não veda a interposição de dois ou mais apelos em um mesmo processo. Aliás, há procedimentos em que isso é expressamente previsto, como já vimos nas ações de prestação de contas, consignação em pagamento, demarcação e divisão de terras, ainda que em todos eles a segunda fase da demanda só tenha curso após o trânsito em julgado da primeira sentença, particularidade inócurre no ato judicial de que trata o art. 273, § 6º, do CPC.

Do mesmo modo, o Código dispõe claramente que da sentença caberá apelação. Essa é a dicção do art. 513, sem ressaltar que só cabe apelação da sentença que conclui o procedimento.

Idêntico entendimento deve ser aplicado ao ato judicial que resolve parcialmente, mas de forma definitiva, o mérito da causa. Em tendo natureza jurídica de sentença, como sustentamos, cabível a apelação, por força do art. 513 do CPC. Não se está, pois, a criar recurso novo, mas simplesmente advogando a aplicação de recurso já

⁴³⁶ Tesheiner, José Maria Rosa (coord). Nova Sistemática Processual Civil. Caxias do Sul: Plenum, 2006, p. 44. A sugestão de declaração pelo advogado de que as cópias são autênticas decorre, por certo, de aplicação analógica do art. 544, § 1º, do CPC, introduzido pela Lei nº 10.352/2001. Discordamos, todavia, da forma como sugerida a instrumentalização da apelação, que, segundo entendemos, deverá ser interposta nos autos em que proferida a sentença. Somente se recebido o apelo e depois de respondido, é que caberá a formação de autos suplementares ou do instrumento para a remessa dos autos ao Tribunal. Tarefa essa que não deverá ser assumida pelo advogado, mas pela serventia, ainda que aquele possa eventualmente fornecer as cópias necessárias para tanto. Do mesmo modo, o instrumento deverá ser formado por cópias de todas as peças dos autos, para a exata compreensão da controvérsia, não apenas pelas que o apelante entender necessárias, não se aplicando, portanto, o disposto no art. 525, *caput*, muito menos o inc. V do art. 527, ambos do CPC, que incidem exclusivamente sobre o agravo de instrumento.

existente a uma situação peculiar.⁴³⁷ Recurso esse interposto perante o juízo *a quo*, mas que, uma vez recebido e respondido, suba ao Tribunal sob a forma de autos suplementares,⁴³⁸ formados com cópia integral de todo o processo, visando a permitir que o processo tenha prosseguimento normal e imediato para a solução do restante da lide, que não depende do resultado do recurso, pois, como ensina Francesco Luiso, em lição já mencionada,⁴³⁹ a posterior sentença não terá reflexos jurídicos sobre a primeira, podendo apenas minorar suas consequências sob o ponto de vista econômico.⁴⁴⁰ E sendo apelação, como tal será tratada no Tribunal, dando ensejo, portanto, à revisão e embargos infringentes, quando cabíveis, inviável a retenção dos recursos extraordinário e/ou especial.⁴⁴¹

⁴³⁷ Por isso, como bem refere Fabio Milman, não prevalece o óbice levantando por alguns doutrinadores no sentido de que se estaria a ferir o princípio da taxatividade (Novo Conceito Legal de Sentença e suas Repercussões Recursais. Revista de Processo, São Paulo, ano 32, nº 150, ago 2007, p. 169).

⁴³⁸ Entendemos que não se deve usar a palavra *instrumento*, mas autos suplementares. Instrumento é termo utilizado no recurso de agravo, cuja formação é de responsabilidade da parte, e que não contém todas as peças do processo, mas apenas as elencadas no art. 525 do CPC, cuja deficiência é debitada ao recorrente, conhecido o rigor dos Tribunais na fiscalização da apresentação das peças obrigatórias e também de facultativas que foram aos poucos sendo tornadas impositivas. Autos suplementares, ao contrário, consistem na reprodução de todas as peças dos autos, e cuja formação, para o caso em apreço, deve ser de responsabilidade do juízo, não da parte.

Na verdade, o art. 159 do CPC já prevê a formação de autos suplementares, prática em verdade inobservada no dia-a-dia do foro, encargo do Escrivão do feito, e que deve conter todas as peças do processo original, salvo as constantes dos registros públicos, ainda que a exigência de sua formação não se aplique aos processos que tramitem no Distrito Federal e na Capital dos Estados. Aliás, esses autos servem inclusive substituir os autos originais, quando não estiverem disponíveis, na falta dos originais, para conclusão ao Juiz, conforme o § único do citado artigo.

⁴³⁹ Diritto Processuale Civile - Il processo di cognizione. 3ª ed. Milano: Giuffrè, 2000, v. II, p. 192/194.

⁴⁴⁰ Aqui se afasta o óbice apontado pela doutrina (Milman, Fabio, Novo Conceito Legal de Sentença e suas Repercussões Recursais, Revista de Processo, São Paulo, ano 32, nº 150, ago 2007, p. 170), no sentido de que a decisão do recurso parcial pode implicar o desfazimento de atos posteriores praticados no processo, que permanece em primeiro grau e tem seu curso normal. Sucede que sustentamos a prolação da sentença parcial de mérito somente quando existir completa autonomia da parte da lide apreciada prematuramente, em relação à parte que sobejar. Por isso, a solução do recurso interposto contra a primeira sentença não terá qualquer reflexo *jurídico* sobre a porção ainda não julgada.

⁴⁴¹ Similar o entendimento de Bruno Garcia Redondo (Sentença Parcial de Mérito e Apelação em Autos Suplementares. Revista de Processo. São Paulo, ano 33, nº 160, jun. 2008, p. 151/153). O jurista ainda sustenta, todavia, que enquanto não consolidada a doutrina, muito menos a jurisprudência, no sentido da

Haverá uma espécie de cisão do processo para que suba a apelação ao Tribunal. A cisão do processo, aliás, prevista no art. 80 do CPP, é instituto com o qual convive o processo penal sem qualquer problema, mas com a diferença de que, quase sempre, acontece antes da instrução, em havendo um réu preso e outro foragido, por exemplo. No processo civil, todavia, ela ocorreria, em havendo sentença parcial de mérito, apenas por ocasião da apelação, se interposta.

A solução ora alvitada é mais conforme com o ordenamento, pois apenas admite mais de uma apelação num mesmo processo, ao passo que a interposição de agravo implicaria transformar esse recurso, voltado à impugnação das decisões interlocutórias, não de sentenças, em uma apelação, tarefa mais difícil de ser assimilada pelos operadores.

Aliás, é isso que ocorre na Alemanha, onde a sentença parcial é uma sentença final e por isso impugnável autonomamente.⁴⁴²

admissão da apelação em autos suplementares, sejam admitidas para atacar as sentenças parciais as duas formas recursais - apelação e agravo de instrumento -, aplicando-se o princípio da fungibilidade recursal (p. 153/154).

Também essa é a posição de Fabio Milman (O novo conceito legal de sentença e suas repercussões recursais: primeiras experiências com a apelação por instrumento. Revista de Processo, São Paulo, ano 32, nº 150, ago 2007, p. 166), ao sustentar o cabimento do recurso de apelação. Além disso, refere que a apelação tem, em regra, efeito suspensivo, ao contrário do agravo de instrumento, em sua a suspensão dos efeitos da decisão recorrida ficam ao alvitre do Relator.

De lembrar, ainda, que a decisão do Relator que nega o efeito suspensivo ao agravo (CPC, art. 527, § único) é irrecorrível, ao passo que se o juiz, ao receber a apelação, negar esse efeito ao recurso, ele poderá ser obtido em segundo grau, se não estiver excluído expressamente (art. 520).

⁴⁴² Jauernig, Othmar. Direito Processual Civil. Tradução de F. Silveira Ramos. 25ª ed. Lisboa: Almedina, 2002, p. 312. O autor refere que a admissibilidade do recurso de apelação deve ser apurada em relação a cada sentença parcial, seja no tocante ao montante da apelação (ZPO, § 511 a), seja da condenação (ZPO, § 546, 554 b). Disso decorre que, em vista da fragmentação da causa em mais de uma sentença parcial, pode não ser possível apelar de cada uma das sentenças ou de alguma delas, na hipótese de não ser alcançado o valor mínimo que a lei prevê para que possa ser interposta a apelação (p. 312).

5.2.4. Eficácia da sentença parcial de mérito

A coisa julgada tem por fim “assegurar a estabilidade das relações jurídicas e, por conseguinte, a própria segurança jurídica”. Nesse ponto, tem objetivo similar ao da preclusão, a prescrição e a decadência, assim como dos princípios da irretroatividade das leis, da rigidez da Constituição e das cláusulas pétreas nela inseridas, cuja existência mostra, indubitavelmente, “que a estabilidade das relações jurídicas e a conseqüente segurança jurídica são valores de capital importância no convívio social”. E, “como expressão processual desses valores, a autoridade da coisa julgada se caracteriza pela imutabilidade da sentença conforme estabelecido pelo artigo 468 do Código de Processo Civil”.⁴⁴³

Uma vez transitando em julgado a sentença, seja porque não interposto qualquer recurso, seja porque esgotada a via recursal, seja pela ausência de recurso cabível, constitui-se a coisa julgada formal, que implica a imodificabilidade da sentença no processo em que proferida, em vista do fenômeno da preclusão, que, tendo o condão de extinguir o processo, tem sido tradicionalmente denominada pela doutrina como *preclusão máxima*.⁴⁴⁴

⁴⁴³ Cintra, Antonio Carlos de Araújo. Comentários ao Código de Processo Civil. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 304/305. Para Cândido Dinamarco, a segurança jurídica, resultante das decisões judiciais, é “o grande valor social desse serviço que o Estado presta através do processo e do exercício da jurisdição, sendo por si própria elemento de pacificação, pois a “experiência mostra que as pessoas mais sofrem as angústias da insatisfação antes de tomarem qualquer iniciativa processual ou mesmo durante a litispendência, experimentando uma sensação de alívio quando o processo termina, ainda que com solução desfavorável. A certeza pacífica e é por isso mesmo que não constitui um escopo em si mesma, mas degrau de obtenção do objetivo último de pacificação, ou eliminação do estado anímico de insatisfação” (A Instrumentalidade do Processo. 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 196/197).

⁴⁴⁴ No dizer de Cândido Dinamarco, coisa julgada formal é a vedação ao uso de qualquer recurso ou expediente processual destinado a impugná-la, de forma que, no processo em que proferida a sentença, nenhum outro julgamento será feito. Seus efeitos são restritos ao processo em que a sentença for

Todavia, em sendo a sentença de mérito, prolatada em feito contencioso, juntamente com a coisa julgada formal, “produz-se a coisa julgada material, que consiste naquela imutabilidade”, e que impede inclusive, em vista de sua função negativa, a rediscussão da causa em processo posterior, vedação que se impõe seja reconhecida de ofício, caso dela o juiz tenha conhecimento, ainda que possa e deva ser alegada pela parte a quem favoreça, conduzindo, se reconhecida, à extinção do processo, sem julgamento do mérito.⁴⁴⁵

Dinamarco identifica três momentos de formação da coisa julgada formal: a preclusão temporal, lógica e consumativa. Na primeira, a sentença transita em julgado quando finda o prazo recursal sem que interposta qualquer irresignação; na segunda, a sentença transita em julgado porque a parte vencida renuncia ao direito de recorrer ou pratica, sem reserva, um ato incompatível com a pretensão recursal, como ocorre, por exemplo, com o réu que, intimado da sentença condenatória, efetua o depósito do valor da condenação; na última, ocorre o trânsito em julgado com o julgamento do último recurso possível de interposição contra a última decisão cabível de ser proferida no processo, isto é, quando o último desses recursos for manejado ou julgado, ou quando nenhum deles tiver lugar.⁴⁴⁶

A coisa julgada material é instituto previsto no art. 467 do CPC, que a conceitua como “a eficácia que torna imutável e indiscutível a sentença não mais sujeita a recurso

prolatada, tendo, por isso, “uma feição e uma missão puramente técnico-processuais”. (Instituições de Direito Processual Civil. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004, v. III, p. 297).

⁴⁴⁵ Cintra, Antonio Carlos de Araújo. Comentários ao Código de Processo Civil, cit., p. 306/308.

⁴⁴⁶ Dinamarco, Cândido. Instituições de Direito Processual Civil, cit., p. 300/301.

ordinário ou extraordinário”. A imutabilidade diz respeito ao conteúdo do ato judicial, operando quando ele transita em julgado por não mais passível de recurso. E sendo a sentença de mérito, surge a coisa julgada material, cuja importância vincula-se ao art. 5º, XXVI, da Constituição Federal, que preserva a coisa julgada frente à lei, que não poderá alcançar a imutabilidade do *decisum* de mérito que passou em julgado.⁴⁴⁷

Na lição de Humberto Theodoro Junior, “Uma vez esgotada a possibilidade de impugnação recursal, o decisório de mérito torna-se ‘imutável a indiscutível’ (CPC, art. 467), adquirindo a “força de lei nos limites da lide e das questões decididas’ (CPC, art. 468)”. Alcançado esse patamar, sobrepuja o interesse social de segurança e estabilidade, em detrimento da justiça e da verdade. Ainda que o anseio de justiça seja, realmente, o desiderato maior do processo, tal não pode ocorrer para sempre, chegando a hora em que a ordem pública impõe, em nome da constância das relações jurídicas, uma decisão permanente para o conflito posto em juízo, criando-se, assim, o fenômeno da coisa julgada, pois nesse ponto eventuais desacertos, equívocos sobre os fatos ou sobre o direito, porventura praticados pelo julgador, perdem sua importância.

448

Para Dinamarco, a coisa julgada material “incide sobre os efeitos da sentença de mérito, mas não é, ela também, um efeito desta. Nos efeitos da sentença reside a fórmula de convivência não encontrada pelos sujeitos de modo amigável e pacífico,

⁴⁴⁷ Cintra, Antonio Carlos de Araújo. Comentários ao Código de Processo Civil, cit., p. 310/311.

⁴⁴⁸ Theodoro Junior, Humberto. Sentença - Direito Processual ao Vivo. Rio de Janeiro: Aide. v. 1, 1991, p. 69/70.

tanto que precisaram valer-se do processo e do exercício da jurisdição pelo Estado-juiz. [...] A coisa julgada é somente uma capa protetora, que imuniza esses efeitos e protege-os contra as neutralizações que poderiam acontecer caso não existisse”. E justamente para proteger os efeitos da sentença frente a qualquer tentativa de modificá-la ou desconsiderá-la é que a Constituição Federal assegura a coisa julgada e o CPC atribui-lhe disciplina técnico-processual, o que, todavia, não soma efeitos à sentença, mas tão-somente preserva os que ela já tem.⁴⁴⁹

Toda a sentença é apta a produzir coisa julgada formal, desde que transite em julgado. Porém, somente as sentenças de mérito levam à coisa julgada material,⁴⁵⁰ não o fazendo as sentenças terminativas. Além disso, só produzem coisa julgada material as sentenças dotadas de uma imperatividade viável, ou seja, cujo conteúdo não seja materialmente impossível (como, por exemplo, a sentença que condena alguém a caminhar sobre as águas de um rio). Dinamarco refere que a sentença também não pode conter uma impossibilidade jurídico-constitucional, ou seja, que confronta com valores humanos, éticos, políticos, guindados à garantia constitucional, e que seja da mesma ou de maior grandeza do que a importância da coisa julgada como fator de segurança jurídica. Nessa hipótese a coisa julgada seria inconstitucional e, portanto, não poderia prevalecer.⁴⁵¹

⁴⁴⁹ Dinamarco, Cândido. *Instituições de Direito Processual Civil*, cit., p. 303/304.

⁴⁵⁰ Aliás, Ovídio Baptista da Silva refere, com propriedade, que só há julgamento verdadeiro se o juiz apreciar o mérito da causa, o que implica decisão sobre a procedência ou improcedência do pedido do autor (*Conteúdo da Sentença e Mérito da Causa*. In: *Sentença e Coisa Julgada - Ensaios e Pareceres*. 4ª ed. Rio de Janeiro: 2003, p. 233/234).

⁴⁵¹ Dinamarco, Cândido. *Instituições de Direito Processual Civil*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004, v. III, p. 305/307.

Há sentenças que não produzem coisa julgada material. São as proferidas nos processos de jurisdição voluntária, em que a discórdia eventualmente existente não é trazida diretamente para ser apreciada em juízo, podendo a sentença ser inclusive modificada, nos termos do art. 1.111 do CPC; as sentenças dos processos cautelares, que agem apenas no próprio processo, como medidas de apoio, sem apreciar as pretensões substanciais das partes; e as sentenças que, na forma do art. 475 do CPC ou disposições similares na legislação extravagante (por exemplo, o art. 14, § 1º, da Lei nº 12.016/2009), estão sujeitas ao duplo grau de jurisdição obrigatório, estando sua eficácia, portanto, condicionada à reapreciação da causa pelo Tribunal, independentemente de recurso.⁴⁵²

Enquanto a coisa julgada é um atributo exclusivo das sentenças, sejam terminativas, sejam definitivas, as decisões interlocutórias não gozam dessa qualidade. Quer dizer que não são aptas a produzir coisa julgada, nem formal, nem material. Limita-se a incidir sobre elas o instituto da preclusão, de extrema importância no sistema brasileiro, apoiando as normas que regulam a ordem de efetivação dos atos do procedimento e sua distribuição em fases, assim agindo por intermédio da imposição da perda de uma faculdade ou de um poder em determinadas circunstâncias. Ocorrendo a preclusão, a parte não mais pode praticar eficazmente o ato a que tinha direito, nem exigir do juiz os atos que antes poderia exigir. Com propriedade, Dinamarco refere que

⁴⁵² idem, p. 308/310. Dinamarco diz, em síntese: “a) são suscetíveis de coisa julgada *formal* as *sentenças em geral*, quer terminativas, quer de mérito; b) só as *sentenças de mérito* e não as terminativas podem obter a autoridade da coisa julgada *material*; c) não obtêm a coisa julgada material as sentenças de natureza *cautelar*; (d) nem as medidas antecipatórias de cautela, (e) nem as sentenças proferidas em processos de *jurisdição voluntária*; f) as sentenças sujeitas a *reexame necessário* não obtêm coisa julgada material e *sequer formal* (art. 475)” (p. 310).

as decisões não precluem, mas preclui a faculdade de impugná-las. Assim, “*decisão preclusa* é aquela que já não comporta impugnação alguma”.⁴⁵³

Trazendo essas lições para os institutos até agora abordados nesse estudo, temos que a antecipação da tutela, por não ser sentença, mas decisão interlocutória, está sujeita apenas à preclusão, o que significa que o ato judicial que nega ou concede a medida, não impugnado pela via recursal adequada, no prazo legal, não poderá ser modificado em seu conteúdo.⁴⁵⁴

Não produz, porém, coisa julgada, nem formal, muito menos material. E isso por uma razão simples: a cognição não é exauriente, mas proferida a decisão com base em juízo de verossimilhança, não de certeza, cognição sumária, portanto.

Quando muito haveria coisa julgada material na hipótese do art. 273, § 6º, do CPC, para aqueles que entendem que o ato judicial ali versado é sentença parcial de mérito, efeito negado, todavia, por muitos doutrinadores, como Marinoni, apenas por opção legislativa a despeito de se tratar de decisão proferida com base em cognição

⁴⁵³ Dinamarco, Cândido. Instituições de Direito Processual Civil. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004, v. II, p. 454/455. Quanto às espécies de preclusão, remetemos o leitor ao que dissemos anteriormente sobre o assunto.

⁴⁵⁴ Fica, entretanto, ressalvada a aplicação do § 4º do art. 273 do CPC, que faculta ao juiz a revogação ou modificação da decisão que concedeu a antecipação da tutela, desde que alterada a situação de fato existente na ocasião, seja de ofício, seja a requerimento de qualquer das partes. Do mesmo modo, o juiz poderá decidir, quando da sentença, de forma contrária à decisão antecipatória da tutela.

exauriente, não faltando provas para o esclarecimento completo das questões fáticas.

455

De qualquer sorte, e apenas para argumentar, só haveria possibilidade de formação da coisa julgada material, nos termos do art. 273, § 6º, do CPC, quando houvesse incontrovérsia em relação a um ou mais pedidos cumulados (ou parte dele ou deles), situação que, como antes referido, é bem menos ampla do que o julgamento antecipado parcial da lide ou mesmo o julgamento parcial da lide após a instrução de parte da causa.⁴⁵⁶

Na condenação com reserva, também não há coisa julgada material, porque a decisão é proferida sob reserva da exceção do réu, que será oportunamente apreciada, e que poderá ser acolhida pelo juiz, caso em que a sentença anterior tem-se como nula, perdendo, pois, sua eficácia inicial.⁴⁵⁷ Trata-se, como na antecipação da tutela, de decisão provisória, proferida com base em cognição sumária, não exauriente, e que de forma alguma pode gerar coisa julgada material.

⁴⁵⁵ Marinoni, Luiz Guilherme. Tutela Antecipatória e Julgamento Antecipado - Parte Incontroversa da Demanda. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 146.

⁴⁵⁶ No caso, por exemplo, de que ao juiz, finda a audiência, seja possível proferir sentença após a produção da prova oral, antes do que oportunizará às partes o debate da causa quanto a um pedido ou parte do único pedido, ao mesmo tempo em que determinará a realização de perícia necessária ao julgamento do restante da causa.

⁴⁵⁷ Lembra-se, todavia, de que se a condenação com reserva foi executada, mediante prestação de caução, a sentença que acolhe a exceção, julgando improcedente o pedido do autor, inicialmente acolhido com reservas, constitui título para que o réu receba a caução.

Em ambos os casos, portanto, a decisão será provisória, sendo, via de consequência, provisória também sua execução, sujeita quase sempre à prestação de caução.⁴⁵⁸

Já no julgamento parcial definitivo de mérito, entretanto, a situação é bem diversa. Por se tratar de decisão baseada em cognição exauriente, juízo de certeza, portanto, e não em juízo de mera verossimilhança, a sentença parcial de mérito é apta a produzir a coisa julgada material.⁴⁵⁹

Aqui reside, portanto, mais uma vantagem desse instituto em relação aos similares abordados, pois permite, uma vez transitada em julgado a sentença parcial, sua execução definitiva, sem caráter de provisoriedade.

Importante referir, ainda, que o sistema processual civil pátrio não é infenso à formação parcial da coisa julgada.⁴⁶⁰ Assim, por exemplo, se a parte, vencida

⁴⁵⁸ Na antecipação da tutela, a caução é a regra, pois ainda que revogado o art. 588 do CPC, ao qual remete o § 3º do art. 273, substituído aquele, conforme a lei nº 11.232/05, pelo art. 475-O, isso não significa que não mais seja possível exigir-se caução para o cumprimento da decisão que antecipar a tutela. Aliás, entendimento diverso seria absurdo, pois se nem uma sentença, proferida com base em cognição exauriente, pode ser executada provisoriamente sem a prestação de caução, salvo hipóteses excepcionais, com mais razão deve-se exigir a caução para o cumprimento da antecipação da tutela, decisão quase sempre proferida com base em cognição sumária (ressalvada a hipótese do art. 273, § 6º, do CPC).

Relativamente à condenação com reserva, nas hipóteses do art. 35 e 36 do CPC italiano, a caução será sempre exigida, se pretender o autor executar provisoriamente a sentença. No caso dos art. 65 do Decreto Real nº 1669/33 (cambiais) e art. 57 do Decreto Real nº 1736/33 (cheques), fica ao critério do juiz a exigência de caução para a execução provisória da sentença, que também é, expressamente, *provisória*.

⁴⁵⁹ Já referimos, aliás, com base no magistério de Cândido Dinamarco, que apenas a decisão que aprecia o mérito é apta a produzir a coisa julgada material.

⁴⁶⁰ Também é assim na Itália, e de forma expressa, pois o art. 329, 2ª parte, do CPC italiano, reproduzindo a redação do art. 486 do Código de 1865, dispõe que “o recurso parcial importa

integralmente, recorre apenas de um dos capítulos da sentença, a matéria não impugnada, salvo aquela relativa às questões que podem ser apreciadas de ofício, não é devolvida ao Tribunal e, portanto, não pode ser por ele analisada, transitando, portanto, em julgado. Veja-se que o art. 515, *caput*, do CPC, é claro quando dispõe que “A apelação devolverá ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada”, implicando que as questões não atacadas não são devolvidas. E não o sendo, transitam em julgado.⁴⁶¹

A própria jurisprudência admite a formação da coisa julgada parcial, tanto que o prazo para o ajuizamento da ação rescisória, relativamente a um determinado processo, pode ter distintos marcos iniciais.⁴⁶² Assim, por exemplo, se o recurso de apelação

aquiescência às partes não recorridas na sentença”. Logicamente, tal disposição legal só se aplica quando a parte da sentença irrecorrida for totalmente independente em relação à que foi objeto de recurso, o que não ocorre quando há dependência entre os capítulos, conforme prevê, também, o art. 336 do CPC italiano, de cujo teor pode-se inferir que, não havendo dependência entre os capítulos da sentença, os que não forem alterados no julgamento do recurso ficam intactos. (“Art. 336 - EFFETTI DELLA RIFORMA O DELLA CASSAZIONE -. La riforma o la cassazione parziale ha effetto anche sulle parti della sentenza dipendenti dalla parte riformata o cassata (1ª parte) La riforma o la cassazione estende i suoi effetti ai provvedimenti e agli atti dipendenti dalla sentenza riformata o cassata (2ª parte)”. Sobre o assunto, veja-se Cândido Dinamarco (Capítulos de Sentença. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 19).

⁴⁶¹ Certo, pode haver na sentença capítulos dependentes um do outro. Nesse caso, mesmo que o recurso ataque apenas um deles, a decisão que acolher a irrisignação pode ter influência no outro, que não foi objeto do recurso. Assim, por exemplo, recorrendo o vencido contra o capítulo da sentença que o condenou ao pagamento do principal, não precisa fazê-lo quanto aos juros, pois o provimento do apelo implica o afastamento da condenação ao pagamento desses. O mesmo pode ocorrer numa ação possessória, em que há cumulação com perdas e danos, hipótese em que o recurso que ataca exclusivamente o capítulo da sentença que acolheu a pretensão possessória, se acolhido, implicará a absolvição do réu quanto à condenação em perdas e danos. A propósito, veja-se Dinamarco, Cândido Rangel. Capítulos de Sentença. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 43/46.

⁴⁶² Nesse sentido, no STJ: REsp 299029/SP, julgado em 26.05.2004, DJ 25.10.2004 p. 399; REsp 363.169/RS, julgado em 26.05.2004, DJ 25.10.2004 p. 400 e REsp 381531/RS (Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, SEXTA TURMA, julgado em 21.03.2002, DJ 19.12.2002 p. 474, todos da Sexta Turma, da relatoria do Ministro HAMILTON CARVALHIDO).

Também essa é a orientação do Tribunal de Justiça gaúcho. A propósito: Agravo Nº 70017105743, Vigésima Segunda Câmara Cível, Relator: Carlos Eduardo Zietlow Duro, Julgado em 19/10/2006 e Agravo Regimental Nº 70021344585, Terceira Câmara Cível, Relator: Pedro Luiz Pozza, Julgado em 18/10/2007.

interposto pelo réu é parcial, opera-se o trânsito em julgado do capítulo da sentença não impugnado, passando a partir de então a correr o prazo decadencial do art. 495 do CPC que, em relação à parte objeto do recurso, só terá início quando transitar em julgado a sentença quanto ao ponto.⁴⁶³

Lamentavelmente, todavia, não é esse o entendimento do Superior Tribunal de Justiça que veio a vingar, a partir do julgamento dos Embargos de Divergência no Recurso Especial nº 404.777, julgado pela Corte Especial,⁴⁶⁴ e que tem sido reiterado em julgamentos recentes,⁴⁶⁵ resultando inclusive na edição da súmula nº 401, do seguinte teor: “**O prazo decadencial da ação rescisória só se inicia quando não for cabível qualquer recurso do último pronunciamento judicial**”.

⁴⁶³ Esse é também o entendimento da doutrina, pois segundo Barbosa Moreira, “Se partes distintas da sentença transitaram em julgado em momentos também distintos, a cada qual corresponderá um prazo decadencial com seu próprio *dies a quo*”: vide PONTES DE MIRANDA, Tratado da Ação Rescisória, 5ª ed., pág. 353 e Athos Gusmão Carneiro, Ação Rescisória, biênio decadencial e recurso parcial, in Genesis - Rev. de Dir. Proc. Civ., nº 4, p. 5 e segs. (espec. 9/10)” (Comentários ao Código de Processo Civil. 12ª ed. Rio de Janeiro: Forense, vol. V, 2005, p. 216, nota de rodapé nº 229).

⁴⁶⁴ Veja-se a ementa do acórdão: PROCESSUAL CIVIL - EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NO RECURSO ESPECIAL - AÇÃO RESCISÓRIA - PRAZO PARA PROPOSITURA - TERMO INICIAL - TRÂNSITO EM JULGADO DA ÚLTIMA DECISÃO PROFERIDA NOS AUTOS - CPC, ARTS. 162, 163, 267, 269 E 495.

- A coisa julgada material é a qualidade conferida por lei à sentença/acórdão que resolve todas as questões suscitadas pondo fim ao processo, extinguindo, pois, a lide.

- Sendo a ação una e indivisível, não há que se falar em fracionamento da sentença/acórdão, o que afasta a possibilidade do seu trânsito em julgado parcial.

- Consoante o disposto no art. 495 do CPC, o direito de propor a ação rescisória se extingue após o decurso de dois anos contados do trânsito em julgado da última decisão proferida na causa.

- Embargos de divergência improvidos. (EREsp 404777/DF, Rel. Ministro FONTES DE ALENCAR, Rel. p/ Acórdão Ministro FRANCISCO PEÇANHA MARTINS, CORTE ESPECIAL, julgado em 03/12/2003, DJ 11/04/2005, p. 169).

⁴⁶⁵ Nesse sentido: (AgRg no REsp 1166282/RN, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 28/09/2010, DJe 08/10/2010); (AR 1.328/DF, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 25/08/2010, DJe 01/10/2010); (AgRg no Ag 1218222/MA, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 22/06/2010, DJe 01/07/2010).

Ousamos, entretanto, divergir desse entendimento, ainda que parta do Tribunal a quem cabe a missão de uniformizar o direito infraconstitucional no Brasil.

Lembramos que referido aresto foi proferido antes da vigência da Lei nº 11232/2005, que sincretizou o processo, fundindo as fases de conhecimento e de execução, alterando o conceito de sentença, na medida em que, conforme a nova redação do art. 162, § 1º, do CPC, a sentença não mais põe fim ao processo; quando muito, ela conclui a primeira fase do processo - de cognição -, salvo as hipóteses de procedimentos especiais que, por sua própria natureza, dão ensejo a duas sentenças (ação de prestação de contas, ação de divisão, ação de demarcação, consignação em pagamento quando há dúvida sobre quem deva receber).

Além disso, o voto condutor da maioria no citado julgamento, proferido pelo Ministro Francisco Peçanha Martins, tem base em inúmeros acórdãos, tanto do Supremo Tribunal Federal, como do próprio Superior Tribunal de Justiça, em que se discutia se recurso não conhecido por intempestivo poderia postergar o trânsito em julgado para os fins do ajuizamento da ação rescisória, o que a jurisprudência tem entendido viável, pois muitas vezes a intempestividade pode ser proclamada anos após a interposição da irresignação.

Já os votos dos Ministros Franciulli Neto e Laurita Vaz preocupam-se com o fato de que a formação progressiva da coisa julgada poderia gerar situações de perplexidade, na medida em que seria possível resultar decisões conflitantes, como na hipótese de ser ajuizada ação rescisória contra o capítulo não recorrido da sentença, e

essa vir a ser julgada antes do recurso especial e/ou extraordinário interposto (s) contra o acórdão proferido em sede de apelação parcial.

Com efeito, a questão vem a ser bem resolvida pela própria legislação processual vigente, na medida em que o art. 515 do CPC dispõe que a apelação devolve ao Tribunal o conhecimento da matéria impugnada, conhecido como efeito devolutivo.

Certo, temos o efeito translativo do recurso, previsto no art. 515, § 1º, do mesmo *códex*, sendo inclusive permitido ao Tribunal apreciar até mesmo de ofício as matérias de ordem pública. Todavia, não se pode olvidar de que na apelação também incidem os arts. 128 e 460 do CPC, o primeiro dispondo que o juiz deve julgar a lide nos limites em que proposta, não podendo, conforme o segundo, proferir sentença de natureza diversa da pedida, nem condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que foi postulado.

Aplicando-se esses princípios ao recurso de apelação, fica claro que, se o réu não apelar de parte da sentença que o condenou, por exemplo, ao pagamento de duas dívidas em favor do autor, na hipótese de cumulação de pedidos com causas de pedir diversas, devolve-se ao Tribunal apenas as questões relativas à irrisignação do apelante. Ou seja, se ele deixou de recorrer quanto a uma das condenações, assentiu tacitamente com a sentença nesse ponto, formando-se, assim, coisa julgada material.

Note-se que o réu pode inclusive, além de não recorrer de toda a sentença, pagar a condenação relativa ao capítulo do *decisum* que não foi impugnado no apelo. Assim,

não há simples concordância tácita com parte da sentença, mas cumprimento da mesma.

A prosperar o entendimento do STJ no citado julgamento, que se vem repetindo de forma automática, sem posteriores discussões, já sobrevindo àquele julgamento, tomado há quase uma década, várias reformas do CPC, em especial a Lei nº 11.232/2005, estando em vias de termos um novo código, no exemplo citado, chegaríamos ao absurdo de admitir que o réu, dez anos depois, tempo que demandou até o trânsito em julgado da sentença na parte que foi atacada por apelação parcial, uma vez que o feito chegou ao STJ e lá ficou por anos (o que, infelizmente, tem sido bastante comum, em vista da sobrecarga de trabalho daquela Corte, ainda maior no STF), pudesse ajuizar uma ação rescisória contra a integralidade da sentença, inclusive a parte com a qual ele não só concordou tacitamente, porque dela não recorreu, mas também a cumpriu de forma espontânea, o que seria ferir de morte o princípio da segurança jurídica.

Veja-se que nesse caso, se procedente a ação rescisória, o autor que recebeu a condenação paga espontaneamente pelo réu há mais de dez anos seria obrigado a restituir o que a parte contrária – repete-se – voluntariamente pagou.

Na medida em que considerarmos adequadamente estanques a parte da sentença que foi objeto da apelação e aquela com a qual o recorrente concordou, pois não a atacou, temos que ao Tribunal é defeso, pelo princípio dispositivo, apreciar questões de ordem pública relativamente ao que não foi objeto do apelo, o que impede que ocorram

as perplexidades referidas pelos Ministros Franciulli Neto e Laurita Vaz. Basta que o Tribunal de Apelação e as Cortes Superiores convençam-se de que sua atuação, mesmo de ofício, deve ficar limitada ao que lhes foi postulado pela parte que recorreu.

A propósito, se isso vale para o juiz de primeiro grau, que só pode atuar de ofício nos limites da lide, deve valer também para os Tribunais, em relação aos quais os limites do recurso são traçados pela parte recorrente.⁴⁶⁶

Ademais, devemos lembrar que se a sentença não for atacada integralmente, eventual ação rescisória proposta por qualquer das partes vai, por óbvio, atacar o *decisum* de primeiro grau. Já a parte da sentença que foi objeto do recurso é substituída pelo acórdão, **no que tiver sido objeto de recurso**,⁴⁶⁷ conforme disposição expressa do art. 512 do CPC.⁴⁶⁸

⁴⁶⁶ Nesse sentido a lição de José Henrique Mouta Araújo, para quem “Quando se analisa a teoria geral dos recursos, especialmente o *tantum devolutum quantum appellatum*, percebe-se que, como corolário dos arts. 128 e 460 do CPC, ao Tribunal é vedado julgar fora dos limites do pedido. [...] A *objeção* (possibilidade de o Tribunal conhecer *questões* não suscitadas por força do *efeito translativo* da apelação) é restrita aos capítulos recorridos, sob pena de se criar uma séria instabilidade no sistema processual, considerando as previsões contidas no art. 515 do CPC (efeito devolutivo por extensão). Ademais, o art. 540 também prescreve a perda da faculdade recursal em razão da falta de impugnação de capítulo do *decisum*” (Coisa Julgada Progressiva & Resolução Parcial do Mérito. Curitiba: Juruá, 2008, p. 350 e 352).

⁴⁶⁷ Tal disposição reforça ainda mais a restrição do legislador processual ao efeito translativo dos recursos, ficando o Tribunal, portanto, limitado à apreciação das questões que lhe foram submetidas pela parte (s) recorrente (s), inclusive no que diz respeito às matérias de ordem pública.

⁴⁶⁸ Esse magistério de Barbosa Moreira, para quem a substituição da sentença pelo acórdão é total apenas quando o recurso impugna a integralidade da decisão recorrida, independentemente de o recurso ser ou não provido, mesmo que parcialmente. Todavia, “A substituição é parcial: a) se nem todo o conteúdo da decisão inferior foi abrangido pela impugnação: nessa hipótese, conforme reza o texto, só haverá substituição ‘no que tiver sido objeto de recurso’; b) se o órgão *ad quem* se limita a *conhecer* do recurso em relação à parte da matéria impugnada: quanto ao restante, como já se expos, subsiste a decisão inferior. Em ambos esses casos, transitou em julgado, primeiro, a parte da decisão inferior não impugnada, ou aquela em que não se conheceu do recurso e, depois transita a decisão que reforme ou ‘confirme’ a outra parte. Casam-se os dois pronunciamentos - o do juízo *a quo* e o do juízo recursal - para

Conseqüentemente, eventual nova ação rescisória será proposta contra o acórdão, não contra a sentença, o que evidencia ainda mais a possibilidade de termos prazos diversos para a sua propositura.

Portanto, não existe óbice à formação em etapas da coisa julgada, fenômeno que ocorre também na sentença parcial, vez que decide apenas em parte o mérito da causa.

De qualquer sorte, esse entendimento do STJ, sedimentado na súmula nº 401 , não impede a prolação da sentença parcial, pois mesmo em se iniciando o prazo para o ajuizamento da ação rescisória tão-somente depois de não caber recurso contra o último pronunciamento judicial no processo, ainda assim a antecipação do julgamento do mérito será favorável ao vencedor (autor ou réu), pois terá obtido antes da sentença final ao menos parte da prestação jurisdicional buscada.

formar, em conjunto, a decisão final, de estrutura complexa: cada um deles representará uma parcela do todo” (Comentários ao Código de Processo Civil. 12ª ed. Forense: Rio de Janeiro, v. V, p. 399).

6. O projeto do novo Código de Processo Civil. A Sentença parcial de mérito, eficácia e recurso cabível

6.1. Exposição do problema a partir do projeto do novo Código de Processo Civil - A insuficiência da legislação projetada para a adequada densificação do direito à duração razoável do processo

Lamentavelmente, o anteprojeto do novo Código de Processo Civil, apresentado ao Senado Federal - e nessa Casa Legislativa já aprovado com alterações - ⁴⁶⁹ pela Comissão de Juristas liderada pelo hoje Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luiz Fux, pouco avança no aspecto tratado no presente trabalho, insistindo no equívoco do legislador processual atual, que coloca no capítulo relativo à antecipação da tutela ⁴⁷⁰ o fracionamento do julgamento do mérito, como hoje temos no art. 273, § 6º, do CPC. ⁴⁷¹

Além disso, persiste a restrição ao julgamento parcial do mérito às hipóteses de “*incontrovérsia*” de um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, existente no citado dispositivo do *códex* atual, nos termos do art. 278, II, do substitutivo aprovado pelo Senado Federal (art. 285, II do anteprojeto). ⁴⁷²

⁴⁶⁹ O Senado Federal não fez alterações substanciais no anteprojeto do novo código, ao menos nas partes que interessam ao presente trabalho.

⁴⁷⁰ A única diferença é que o novo CPC não chama o instituto de antecipação da tutela, mas de “tutela de urgência e de evidência”, mudança restrita à nomenclatura, sem alterar sua natureza jurídica.

⁴⁷¹ E isso para os que entendem que se trata de decisão de mérito a proferida com base no citado dispositivo, entendimento que não é pacífico na doutrina, como já se viu.

⁴⁷² Aqui cabe fazer a mesma crítica já feita à redação do art. 273, § 6º, do CPC vigente, pois a *incontrovérsia* não diz respeito ao pedido ou parte dele, mas sim aos *fatos* que a eles dizem respeito.

Como já dissemos alhures, há uma larga distância entre “*incontrovérsia*” e a hipótese de julgamento fracionado do mérito da causa, que pode ocorrer tanto no caso de incidência do art. 330, I, do CPC, assim como em qualquer fase posterior do processo.

Assim, por exemplo, o juiz poderá fracionar a decisão de mérito quando, encerrada a produção de provas em audiência, verificar que um dos pedidos cumulados está apto para solução definitiva, sendo necessária prova pericial – que o próprio juiz antevê complexa e demorada – apenas para a solução de outro pedido. Pode ocorrer, ainda, que veiculando o réu reconvenção,⁴⁷³ devidamente contestada pelo autor/reconvindo, essa lide possa ser solvida em sede de julgamento antecipado, necessária a instrução somente para o julgamento da causa do autor.

Em nenhuma dessas hipóteses, portanto, haverá “*incontrovérsia*” de um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, o que poderá levar os operadores a restringir a aplicação do novo instituto – novo apenas no nome, a princípio – tão-somente à hipótese ali versada – ***incontrovérsia*** -, que limita em muito o julgamento fracionado do mérito da causa.

⁴⁷³ Tal instituto é suprimido pelo anteprojeto, sendo permitido, todavia, que o réu formule pedido contraposto na contestação, conforme o art. 326 do substitutivo (art. 337 do anteprojeto). Em verdade, apenas mudou-se o nome do instituto, não sua natureza jurídica.

Como dizem Marinoni e Mitidiero (O Projeto do CPC. Crítica e Propostas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 119), “No Código vigente, constituem respostas do réu a contestação, a reconvenção e as exceções (art. 297). Visando à simplificação do procedimento, o Projeto aboliu as exceções, transformou a reconvenção em pedido contraposto (art. 337 - **art. 326 do substitutivo**) e arrolou determinadas matérias antes suscetíveis de exceção e de provocar incidentes processuais como próprias às preliminares de contestação (art. 338, II, III e XIII - **art. 327 do substitutivo**)”.

Tanto no julgamento antecipado da lide e, mais ainda, no julgamento depois de concluída a instrução, sempre haverá *controvérsia* entre as partes. A diferença é que para a solução da controvérsia são suficientes as alegações e documentos trazidos pelas partes (art. 330, I, do CPC), ao que se soma, na segunda hipótese, a prova colhida em audiência.

Portanto, persiste no anteprojeto do novo CPC, bem como no substitutivo aprovado pelo Senado Federal, a grande limitação para a aplicação do instituto que, aprovado aquele, passará a ser chamado de TUTELA DE EVIDÊNCIA.

A distinção feita, todavia, reside no fato de que, a despeito de previsto o fracionamento do julgamento de mérito no título IX do livro I, que trata da TUTELA DE URGÊNCIA E TUTELA DE EVIDÊNCIA, ressalva o legislador que na hipótese do inc. II do art. 278 (art. 285 do anteprojeto) “a solução será definitiva”.

Nesse caso, a decisão não será passível de futura reforma por parte do juiz que a proferiu, como pode ocorrer, atualmente, com a antecipação da tutela, natureza jurídica da decisão de que trata o § 6º do art. 273 do CPC vigente, conforme disposição expressa do mesmo artigo, § 4º, tendo, portanto, ares de manifesta provisoriedade.

Sobre esse ponto, porém, pode pairar uma dúvida, pois o anteprojeto apresentado no Senado Federal dispunha expressamente no art. 290, *caput*, segunda parte, que as tutelas de urgência e de evidência poderiam ser revogadas ou modificadas a qualquer tempo, salvo a hipótese do art. 285, II (278, II, do substitutivo). Entretanto, no

substitutivo, o art. 290 foi renumerado, passando a ser o art. 283, sem que seu *caput* tenha mantido a ressalva ao citado inc. II. Na Exposição de Motivos do voto do Relator não há justificativa para a alteração efetuada, o que pode dar ensejo a que se entenda que, pela redação do art. 283, toda e qualquer decisão relativa à tutela de evidência, inclusive a do citado inc. II, possa vir a ser posteriormente alterada ou mesmo revogada.

De qualquer sorte, sendo a decisão “*definitiva*”, não podendo ser modificada ou alterada pelo juiz no mesmo processo, não há razão para não fazer coisa julgada, muito menos para que possa ser modificada em outra demanda. Havendo definitividade, por tratar-se de decisão tomada com base em cognição exauriente, há de formar-se a coisa julgada material, passível de mudança apenas pela via da ação rescisória. Portanto, essa ressalva deveria ficar absolutamente clara, visando a evitar entendimentos equivocados por parte dos operadores do Direito.

Além disso, deixa claro o substitutivo que a tutela de evidência pode ser concedida com a dispensa da demonstração de risco de dano irreparável ou de difícil reparação, conforme dispõe o *caput* do art. 278 (art. 285 do anteprojeto) do novo CPC, o que não consta de modo expresso no art. 273 do CPC vigente para a hipótese de aplicação de seu § 6º, requisito que, todavia, acabou por ser afastado pela doutrina e jurisprudência.

Persiste, entretanto, a necessidade, como não poderia deixar de ser, de demonstração da “*plausibilidade do direito*”, requisito genérico para a concessão, não somente da tutela de urgência, mas também de evidência.

No entanto, comete equívoco o legislador, na medida em que se entende que a decisão que concede a tutela de evidência é definitiva, conforme a parte final do inc. II do art. 278 do substitutivo, logicamente que não se está aqui a tratar de cognição sumária, como ocorre na antecipação da tutela, em vista de sua notória provisoriedade, mas de tutela definitiva, baseada sempre em cognição exauriente. Não há falar, pois, em *plausibilidade* do direito, mas sim em direito amplamente demonstrado.

Pouco ou nada diz a Exposição de Motivos sobre as mudanças propostas relativamente às tutelas de urgência e de evidência. Vejamos, porém, a parte que interessa a este estudo: *“O Novo CPC agora deixa clara a possibilidade de concessão de tutela de urgência e de tutela à evidência. Considerou-se conveniente esclarecer de forma expressa que a resposta do Poder Judiciário deve ser rápida não só em situações em que a urgência decorre do risco de eficácia do processo e do eventual perecimento do próprio direito. Também em hipóteses em que as alegações da parte se revelam de juridicidade ostensiva deve a tutela ser antecipadamente (total ou parcialmente) concedida, independentemente de periculum in mora, por não haver razão relevante para a espera, até porque, via de regra, a demora do processo gera agravamento do dano. Ambas essas espécies de tutela vêm disciplinadas na Parte Geral, tendo também desaparecido o livro das Ações Cautelares. A tutela de urgência e da evidência podem ser requeridas **antes** ou **no curso** do procedimento em que se pleiteia a providência principal. Não tendo havido resistência à liminar concedida, o juiz, depois da efetivação da medida, extinguirá o processo, conservando-se a eficácia da medida concedida, sem que a situação fique protegida pela coisa julgada. Impugnada a medida, o pedido principal deve ser apresentado **nos mesmos autos** em que tiver sido*

formulado o pedido de urgência. As opções procedimentais acima descritas exemplificam sobremaneira a concessão da tutela cautelar ou antecipatória, do ponto de vista procedimental'.

Peca a Exposição de Motivos, assim, pela ausência de qualquer consideração acerca da tutela de evidência, o que era impositivo porque ao menos em um aspecto o instituto sofre inovação em relação ao CPC atual, dispondo claramente que a decisão proferida com base no art. 278, inc. II, do substitutivo, tem caráter de definitividade e não provisoriedade, como ocorre com a que concede a tutela de urgência.

De qualquer sorte, o avanço é extremamente tímido, vinculando-se o legislador do anteprojeto à concepção clássica da unicidade da sentença, a despeito das mudanças levadas a efeito pela lei nº 11232/2005, que entre tantas alterações deixou claro que a sentença não põe fim ao processo,⁴⁷⁴ em vista da sincretização das fases de conhecimento e execução (salvo algumas exceções, como por exemplo, na execução de sentença contra a Fazenda Pública), o que viabilizaria que o novel regramento do Processo Civil pátrio, avançando ainda mais, permitisse expressamente a prolação de sentença parcial de mérito, regulando-a de modo adequado também quanto a seus efeitos e disciplinando a sistemática recursal.⁴⁷⁵

⁴⁷⁴ Conforme a nova redação do art. 162, § 1º, a sentença não mais encerra o processo de conhecimento, sendo apenas o ato do juiz que implica algumas das situações previstas nos arts. 267 (extinção sem julgamento do mérito) e 269 (julgamento do mérito).

⁴⁷⁵ Esse também é o entendimento de Marinoni e Mitidiero (O Projeto do CPC. Crítica e Propostas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p.91/92), que depois de sustentarem que o projeto poderia ter escolhido por adotar conceito mais alargado de sentença, o que possibilitaria, entre outros, a prolação de sentenças que versem apenas de parte do litígio, mas de maneira definitiva, o que implicaria alteração no sistema do recurso de apelação, concluem que, de modo tímido, "O Projeto optou, contudo, por

Há ainda outro aspecto relativo à tutela de evidência, que diz respeito ao recurso cabível. Com efeito, conforme o art. 271 (art. 279 do anteprojeto), § único, do substitutivo, da decisão do juiz que conceder a tutela de *evidência* (assim também a de urgência) caberá agravo de instrumento, previsão esta reforçada pelo art. 969, I, do substitutivo (929 do anteprojeto).

Entretanto, se a tutela de evidência tem caráter de definitividade, na hipótese do art. 278, II, do substitutivo (285 do anteprojeto), não se justifica que essa decisão (que em verdade é uma sentença, pois decide de maneira *definitiva* parte da lide) seja objeto de recurso típico das interlocutórias.

Veja-se que o agravo de instrumento é recurso por óbvio diverso da apelação, pois para a apreciação dessa os autos sobem por inteiro ao Tribunal, fazendo-se o juízo de admissibilidade no primeiro grau de jurisdição.⁴⁷⁶ Não há, portanto, necessidade de formação de instrumento.

No entanto, no agravo de instrumento, o recurso é interposto diretamente ao juízo *ad quem*, cabendo ao agravante a responsabilidade pela formação do instrumento, circunstância muitas vezes usada pelo Relator ou órgão colegiado para negar

reconhecer a possibilidade de decisões interlocutórias tratem de forma provisória, temporária ou mesmo definitiva de parcela do mérito da causa. Ao fazê-lo, coerentemente, estendeu o direito à sustentação oral no julgamento dos agravos de instrumento que versem sobre o mérito da causa (arts. 929, I e II, e 857, § 1º).

Lembramos que no substitutivo do Senado Federal o art. 929 foi renumerado para art. 969; já o art. 857, § 1º passou a ser o art. 892, V.

⁴⁷⁶ Ressaltamos que tanto o anteprojeto como o substitutivo suprimem o juízo de admissibilidade da apelação em primeiro grau de jurisdição (art. 926 e 966, respectivamente), que passará a ser feito pelo Tribunal.

seguimento (aquele) ou não conhecer do recurso (esse) sob a alegação de que, a despeito de integrarem o instrumento as peças exigidas por lei, não trouxe a parte agravante peças que, mesmo não sendo imprescindíveis, são essenciais à compreensão da controvérsia recursal (art. 525, II, do CPC vigente e 971, II, do substitutivo – art. 931 do anteprojeto).

Além disso, a experiência forense aponta casos em que a parte, ao efetuar a cópia dos autos para formar o instrumento, olvida-se de determinada peça obrigatória, em vista do grande número de cópias a extrair, ainda mais em se tratando de um caderno de vários volumes, sendo por isso fulminado seu recurso.

Se o processo tem uma única sentença, como ocorre normalmente, eventual irresignação da parte contra aquela é apreciada pelo Tribunal como apelação. Entretanto, na hipótese de concessão da tutela de evidência, que tem caráter de *definitividade* por expressa disposição legal, o recurso usado é outro, com rito diverso, carreando-se à parte recorrente a responsabilidade pela formação do instrumento, o que muitas vezes a prejudica, como já foi dito.

E mais: o agravo de instrumento deve ser interposto em dez dias, ao passo que para a apelação o prazo é mais amplo – quinze dias -, justamente porque se trata de recurso contra decisão *definitiva*, sendo mais complexa sua elaboração, pois. A diferença, aliás, fica mais evidente quando a parte, na hipótese do art. 191⁴⁷⁷ do CPC vigente, o Ministério Público, se atuar no feito como parte ou fiscal da lei, ou sendo

⁴⁷⁷ Tal disposição é mantida no anteprojeto - art. 186 - e no substitutivo - art. 198.

aquela representada pela Defensoria Pública, e também a Fazenda Pública - têm prazo em dobro para recorrer, caso em que, ao contrário dos trinta dias para interpor apelação, terá apenas vinte dias para recorrer pela via do agravo de instrumento.

Ademais, o agravo de instrumento sabidamente não proporciona a sustentação oral, nem a interposição de embargos infringentes, recurso, aliás, cuja previsão é suprimida pelo anteprojeto.

Certo, o anteprojeto prevê a possibilidade de sustentação oral nos agravos de instrumento contra decisões que versem sobre o mérito da causa (art. 892, V, do substitutivo – art. 857, § 1º, do anteprojeto). Entretanto, quando trata desse recurso, o substitutivo refere que ele é cabível (art. 969, I – art. 929, I, do anteprojeto) contra a decisão relativa à tutela de urgência e de evidência, assim como (inc. II) contra a decisão interlocutória que tratar do mérito da causa.

Desta forma, somente se a decisão interlocutória, por exemplo, afastar a preliminar de prescrição ou decadência (questão sabidamente de mérito) é que haverá possibilidade de sustentação oral, pois apenas essa é que se enquadra na hipótese do art. 892, V, do substitutivo, ao passo que essa previsão não existe para o agravo de instrumento, quando a decisão disser respeito à tutela de evidência, ainda que essa tenha sempre por objeto o mérito da causa (mesmo que apenas parte da lide seja julgada).

Igualmente, na apelação há previsão de revisão, ao menos nas causas de procedimento ordinário (CPC vigente, art. 551, *caput*), restrição essa inexistente no novo código (art. 889, *caput* – art. 854 do anteprojeto) que, entretanto, só prevê a necessidade de revisão na apelação, e não no agravo de instrumento, mesmo quando esse oportunizar a sustentação oral.

Temos outro aspecto importante a ressaltar. Na apelação há possibilidade de recurso adesivo, mantido no substitutivo, art. 951 (art. 910 do anteprojeto), o que é inviável no agravo de instrumento. Tal modalidade recursal (cabível tanto na apelação como nos recursos extraordinário e especial, e também nos embargos infringentes, recurso que deixa de existir no novo CPC) foi criada justamente para evitar que, havendo sucumbência recíproca, uma das partes, mesmo que inconformada com parte da sentença, dela recorra, a não ser que a outra parte o faça.

No entanto, em havendo recurso de um dos litigantes, o outro a ele adere, pois de qualquer sorte a questão será submetida ao juízo *ad quem*.

Já no agravo de instrumento não há possibilidade de recurso adesivo. Assim, havendo sucumbência recíproca, ambas as partes terão estímulo a recorrer, mesmo que o decaimento seja mínimo em relação a uma delas. Aquele litigante que, a princípio, não pretende impugnar a sentença, salvo se a parte contrária o fizer, valendo-se do recurso adesivo, estará estimulado a recorrer de qualquer forma, pois o prazo para a interposição do agravo terá início ao mesmo tempo para todos os litigantes, não

tendo previsto o anteprojeto, nem o substitutivo, a hipótese de adesão a esse recurso, ao menos nessa hipótese.

Do mesmo modo, como no agravo é mais comum a decisão monocrática do Relator, o recurso contra um ato judicial que em verdade é sentença, por resolver de modo definitivo parte da lide, poderá ser julgado antes daquele interposto pela parte contrária, e sem que o julgador tenha conhecimento das razões dessa.

E mais: se ainda não há Relator prevento, porque até então não houve qualquer recurso relativo à lide, pode ocorrer - o que tem sido bastante comum - que os agravos sejam distribuídos não só a relatores diversos, mas a juízes integrantes de colegiados diversos, podendo haver, pois, decisões conflitantes.

Pior ainda se o juiz, tomando ciência da interposição do agravo interposto por uma das partes, reformar a decisão quanto ao objeto desse recurso, sem dar-se conta de que também a parte contrária recorreu, causando grande perplexidade, inclusive podendo gerar decisões conflitantes por parte do próprio juiz de primeiro grau.

Isso não ocorre na apelação, na medida em que não é interposto por instrumento, só subindo os autos ao juízo *a quem* depois de carreadas todas as irresignações das partes, inclusive adesivas, se for o caso.

Ainda, mesmo sendo definitiva a decisão proferida na forma do art. 278, II, do substitutivo (art. 285 do anteprojeto), não havendo, como dispunha o anteprojeto,

ressalva expressa no sentido de que não possa ser revogada pelo juiz, salvo em outra demanda ajuizada por qualquer das partes, não há formação da coisa julgada.

E, se não há coisa julgada, a execução que tiver por base tal *decisum* não será definitiva, mas provisória, como, aliás, dispõe expressamente o art. 273 do substitutivo (art. 281 do anteprojeto), o que não se pode admitir no cumprimento de decisão tomada com base em cognição exauriente, como ocorre com a sentença parcial de mérito.

Vemos, portanto, que o anteprojeto é extremamente tímido ao não prever de modo exposto a possibilidade de sentença parcial, bem assim regulamentar claramente seus efeitos e o recurso cabível, o que se pretende fazer adiante, e que não implicaria grandes alterações, muito menos qualquer violação ao atual sistema processual pátrio.

6.2. Proposta de *lege ferenda* para caracterização da sentença parcial de mérito, eficácia e recurso cabível

Com efeito, a partir da Lei nº 11232/2005, ao ser modificado o art. 162, § 1º, do CPC, a sentença deixou de por termo ao processo. Veja-se que o conceito anterior do citado dispositivo legal já continha exceções no próprio código, na medida em que vários procedimentos especiais existem no código processual vigente com possibilidade de duas sentenças, por dividir-se em duas fases – v.g., a ação de consignação em pagamento quando há dúvida sobre a quem deve pagar o devedor, a ação de prestação de contas, quando se divide em duas fases, a ação de divisão e a ação demarcatória.

Além disso, a mesma lei mudou o art. 463, *caput*, do CPC, excluindo do código a ideia de que, ao proferir a sentença, o juiz termina sua atuação jurisdicional. Isso decorreu da sincretização do processo, pois enquanto antes tínhamos processo de conhecimento e processo de execução, ambos inaugurados com a citação do réu/executado, agora temos um único processo, que se divide em duas fases – conhecimento e cumprimento da sentença, com citação apenas no início daquela.

Já o substitutivo aprovado pelo Senado Federal, quando trata dos atos do juiz – art. 170 (art. 158 do anteprojeto), *caput*, - diz que a sentença é o pronunciamento judicial que, com fundamento nos arts. 472 e 474 (arts. 473 e 475 do anteprojeto), põe fim à fase de conhecimento ou extingue o processo de execução.⁴⁷⁸

Ressalvam-se, entretanto, os procedimentos especiais regulados pelo código em que há possibilidade de prolação de duas sentenças, não pondo a primeira fim à fase cognitiva.

A princípio, pelo anteprojeto (no ponto, o substitutivo do Senado Federal não alterou aquele na essência, procedendo apenas à renumeração de artigos), poder-se-ia entender que a Comissão de Juristas liderada pelo Ministro Luiz Fux pensou em afastar expressamente a possibilidade de prolação de sentença parcial de mérito, porque deixa claro, ao contrário da redação do atual art. 162, § 1º, do CPC, que só haverá sentença quando o ato judicial tratar das matérias previstas nos art. 472 e 474 e, mais ainda,

⁴⁷⁸ Lembra-se de que o art. 472 do substitutivo trata do julgamento sem exame do mérito, ao passo que o exame do mérito está previsto no art. 474.

encerre a fase cognitiva do procedimento comum (ou quando extinguir a execução). Consequentemente, não poderia haver sentença quando o pronunciamento judicial, mesmo tratando do mérito da causa, não pusesse fim à fase de cognição.

Entretanto, pensamos que essa não é a melhor conclusão, ainda mais porque o próprio código prevê a prolação de decisões judiciais interlocutórias que tratem do mérito da causa. Assim, por exemplo, quando o juiz concede a tutela de evidência na hipótese de incontrovérsia de um ou mais pedidos cumulados ou parte deles (art. 278, II, do substitutivo), à qual o legislador inclusive dá ares de definitividade.

Ademais, a despeito de o anteprojeto (nem o substitutivo) não fazer referência à hipótese de ocorrência de solução de mérito por decisão interlocutória (no curso da fase de conhecimento, pois, sem a encerrar), prevê expressamente que, nesse caso, o recurso cabível é o agravo de instrumento, consoante dispõe o art. 969, II. Mesmo recurso, diga-se de passagem, cabível contra a decisão que concede a tutela de evidência (969, I).⁴⁷⁹

Portanto, visando a deixar claro que o novo CPC permite o julgamento parcial de mérito, e assim evitar interpretações contrárias à aplicação do instituto, bastaria pequena alteração no art. 170, § 1º (art. 158, § 1º, do anteprojeto), que passaria a ter a seguinte redação: “Ressalvadas as previsões expressas nos procedimentos especiais, *bem assim na hipótese de resolução parcial do mérito*, sentença é o pronunciamento

⁴⁷⁹ No anteprojeto, o artigo era o 929.

por meio do qual o juiz, com fundamento nos arts. 472 e 474, põe fim à fase cognitiva do procedimento comum, bem como o que extingue a execução”.⁴⁸⁰

Logo, bastaria acrescentar na ressalva do início do 170, § 1º, do substitutivo, que também seria sentença o ato judicial que, mesmo não encerrando a fase cognitiva do procedimento comum, resolvesse parcialmente o mérito da causa.

Impõe-se, ainda, deixar claro quando o juiz deve ou pode proferir a sentença parcial de mérito. A primeira hipótese é a prevista no art. 278, II, do substitutivo (art. 285 do anteprojeto), que trata da tutela de evidência na hipótese de incontrovérsia de um ou mais pedidos cumulados ou parte deles. Nesse caso, a sentença parcial de mérito deve ser impositiva, não se podendo deixar sua prolação ao arbítrio do juiz, na medida em que não se justifica que a parte autora (ou ré, em havendo pedido contraposto) tenha de esperar pela sentença final quando a parte contrária deixar de impugnar fato (ou fatos) que dão ensejo ao acolhimento de um pedido, na hipótese de cumulação, ou parte do pedido e, mais ainda, na hipótese de expresse reconhecimento por parte do réu.

Do mesmo modo, deve o art. 341, do substitutivo (art. 353 do anteprojeto), que trata do julgamento antecipado da lide, ser adaptado ao julgamento parcial do mérito, seja de forma antecipada (inc. I), seja para permitir que o juiz o faça da mesma forma

⁴⁸⁰ Similar a proposição de Marinoni e Mitidiero, do seguinte teor: “Art. 158, § 1º. A Sentença é a decisão por meio da qual o juiz exerce a sua função de conhecimento, de execução ou cautelar pronunciando-se, no todo ou em parte, sobre o mérito da causa, ou exaure-a mediante resolução terminativa do feito. § 2º. Decisão interlocutória é toda decisão por meio da qual o juiz resolve questões processuais incidentes”. (O Projeto do CPC. Crítica e Propostas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p.92).

quando, finda a audiência, parte da lide possa ser resolvida de imediato, necessitando a outra parte de prova pericial, por exemplo.

Assim, teríamos o inc. I com a seguinte redação: *“Quando parte ou toda a questão de mérito for unicamente de direito ou, sendo de direito e de fato, não houver necessidade de produzir prova em audiência, bem assim na hipótese de incontrovérsia de um ou mais pedidos cumulados ou parte deles”*.

Ainda, sugerimos um § único com a seguinte redação: *“O juiz também poderá proferir julgamento parcial do mérito da causa quando parte da lide puder ser decidida ao final da audiência de instrução e julgamento, sendo, todavia, necessário o prosseguimento do feito para o esclarecimento de outros fatos controvertidos, e que o magistrado prevê possa retardar em demasiado a prolação da sentença final”*.

Esse parágrafo único deixaria claro que, em alguns casos, a prolação da sentença parcial de mérito deve ficar ao prudente arbítrio do juiz. Como já foi referido anteriormente, a antecipação do julgamento de mérito só se justifica quando ela puder realmente abreviar a satisfação (mesmo que parcial) do direito de quem o tem, por exemplo, quando o juiz verificar que, finda a audiência, parte do pedido pode ser julgado de imediato, dependendo o restante, entretanto, da realização de prova pericial que o magistrado antevê complexa e demorada. Nesse caso, deve ser prolatada

sentença parcial, o que não se recomenda, entretanto, se ao juiz mostrar-se viável decidir toda a causa em breve espaço de tempo.⁴⁸¹

Finalmente, seria necessário alterar o título da Seção II do Capítulo X, para que se chame o instituto de “**Julgamento antecipado parcial ou integral da lide**”.

Como já foi dito, no Direito Processual Civil alemão, a prolação da sentença parcial é impositiva, conforme o § 301, da ZPO, circunstância que só poderá ser afastada na hipótese de o Tribunal verificar que a sentença global (final) poderá ser proferida em breve, nos termos do seu inc. I não sendo conveniente, portanto, a cisão do julgamento.⁴⁸²

Diferente é a previsão do CPC italiano, cujos artigos 277 e 279, § 2º, V, combinado esse com os arts. 103 e 104, deixam ao critério do colegiado ou do juiz singular o julgamento parcial definitivo da causa, condicionando-o, ainda, a requerimento expresso da parte interessada, no art. 277, e de todas as partes, no caso dos arts. 103 e 104.

⁴⁸¹ Logicamente, trata-se de um conceito aberto. Por exemplo, em uma causa complexa, que já tramita há vários anos, uma demora de mais um ano para a realização de uma prova pericial pode não ser tão longa o suficiente a recomendar o julgamento parcial do mérito. Entretanto, para uma causa em que a fase postulatória findar em três meses, o julgamento parcial do mérito será recomendável se o juiz apurar desde já que a instrução de toda a causa, mesmo limitada à prova testemunhal, demandar mais de um ano.

Por isso, no caso do § único, usa-se o verbo “poderá”, diferentemente do julgamento antecipado da lide hoje previsto no art. 330 do CPC, que é tido como “dever” e não simples “faculdade” do juiz.

Sempre haverá espaço, pois, para o prudente arbítrio do juiz, sem que isso implique a impossibilidade de a parte insurgir-se, via agravo de instrumento, contra a recusa do juiz em decidir de imediato parte da lide.

⁴⁸² Jauernig, Othmar. Direito Processual Civil. tradução de F. Silveira Ramos. 25ª ed. Lisboa: Almedina, 2002, p. 312.

Recomenda-se, até para valorizar o diálogo ⁴⁸³ entre os atores do processo, um dos princípios valorizados pelo anteprojeto, que o magistrado consulte as partes antes de proferir a sentença parcial, se ficar em dúvida, seja acerca da possibilidade de fazê-lo, seja sobre a oportunidade. Até porque sua prolação pode não interessar a qualquer delas.

Não se olvide de que não apenas o autor - a princípio o maior interessado na solução parcial da causa de modo rápido -, mas também o réu, tem direito à duração razoável do processo, pois esse coloca em dúvida o direito objeto da controvérsia judicial, do mesmo modo prejudicando o demandado.

Na verdade, o processo prejudica ambas as partes, assim como a própria sociedade, pois gera insegurança que impede investimentos e, via de consequência, o progresso.

Com as alterações propostas, deve-se suprimir o inc. II do art. 278 (art. 285 do anteprojeto), renumerando-se os incs. III e IV, pois não será mais o caso de simples concessão de tutela de evidência (mesmo que tida pelo legislador como definitiva) em

⁴⁸³ Como leciona Daniel Mitidiero, “Na quadra teórica do formalismo-valorativo, pois, o direito ao contraditório leva à previsão de um dever de debate entre o juiz e as partes a respeito do material recolhido ao longo do processo. Esse dever de debate encontra expressão mais saliente no quando da decisão da causa, haja vista a imprescindibilidade de constar, na fundamentação da sentença, acórdão ou decisão monocrática, o enfrentamento pelo órgão jurisdicional das razões deduzidas pelas partes em seus arrazoados, exigência de todo afeiçoada ao Estado Constitucional, que é necessariamente democrático. Mais: denota a necessidade de todo e qualquer elemento constante da decisão ter sido previamente debatido entre todos aqueles que participam do processo” (Colaboração no Processo Civil - Pressupostos Sociais, Lógicos e Éticos. Coleção Temas Atuais de Direito Processual Civil - v. 14 (coord. Luiz Guilherme Marinoni e José Roberto dos Santos Bedaque. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 135/136). Logicamente, esse diálogo não deve ficar circunscrito à discussão da causa, devendo também o juiz usar dessa maravilhosa ferramenta durante a própria condução do processo.

favor da parte, mas de verdadeiro julgamento definitivo parcial da lide, razão pela qual o instituto deve estar em local apropriado no novo código.

Relativamente ao recurso cabível, entendemos que a despeito da ideia generalizada de que cada processo comporta apenas um recurso de apelação, deve-se proceder a uma mudança de paradigma, passando-se a admitir que o processo comporta tantas apelações quantas forem as sentenças nele proferidas, mas desde que as que antecederem a última versem sobre o mérito da causa (logicamente, apreciando parte da lide, sendo, portanto, sentença parcial de mérito).

Não se está a sustentar que as decisões interlocutórias que não tratem do mérito da causa sejam também objeto de recurso de apelação, como propõe, por exemplo, Fabio Milman,⁴⁸⁴ pois isso implicaria modificar de forma extremamente ampla o nosso sistema recursal, que convive pacificamente com a interposição de agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que não apreciam o mérito da causa (art. 267 do CPC atual, art. 472 do anteprojeto).

Mantém-se, do mesmo modo, o inc. II do art. 969 do substitutivo (art. 929 do anteprojeto), pois nesse caso o legislador pretendeu permitir a interposição de agravo de instrumento para a decisão interlocutória que versar sobre prescrição e decadência, que também são questões de mérito, mas que não se enquadram no conceito que aqui se entende como sentença parcial definitiva de mérito, pois essa deve *rejeitar* ou

⁴⁸⁴ O novo conceito legal de sentença e suas repercussões recursais: primeiras experiências com a apelação por instrumento. Revista de Processo, São Paulo, ano 32, nº 150, ago 2007, p. 162/165.

acolher o pedido (ou pedidos) formulado (s), não apenas proclamar (ou afastar) a prescrição ou decadência.

Outrossim, o próprio substitutivo traz excelente inovação, na medida em que permite que todas as questões resolvidas antes da sentença sejam impugnadas na apelação, conforme dispõe o art. 963, § único (art. 923 do anteprojeto), eliminando, assim, a necessidade de que, visando a evitar a preclusão, e não pretendendo agravar por instrumento de imediato, a parte prejudicada necessite interpor agravo retido, recurso que deixa de existir no novo código.

Desta forma, se a decisão não for de procedência ou improcedência, ela não será sentença parcial de mérito, e, assim, não será passível de apelação, recurso só cabível se a decisão julgar parte do mérito da causa, caso em que será **sentença**.⁴⁸⁵ Nem será necessária a interposição de agravo de instrumento para evitar sua preclusão, pois poderá a questão ser impugnada na apelação.

E, na medida em que se mantém a ideia de que da sentença caberá apelação – art. 963, *caput* (art. 923 do anteprojeto)-, mesmo proferida mais de uma sentença de mérito durante a fase de conhecimento, o recurso cabível será sempre a apelação.

⁴⁸⁵ Não se afasta, entretanto, a interposição de apelação se a decisão que reconhecer a prescrição ou decadência ou, ainda, extinguir o processo sem julgamento do mérito, for a última (ou única) proferida no processo, pois nesse caso finda estará a fase de cognição e, assim, teremos *sentença*. O que se sustenta é que somente se houver uma decisão parcial de procedência ou improcedência (por óbvio antes da sentença *final*), então sim teremos uma *sentença parcial* e, portanto, um ato judicial apelável.

Como dito anteriormente, não seria prudente proceder na forma do art. 969, I, do substitutivo (art. 929 do anteprojeto), na medida em que o agravo de instrumento, como diz o próprio nome, é interposto mediante a formação de instrumento de peças dos autos, feito sob a responsabilidade da parte agravante, que corre o risco de sua irresignação não ser conhecida por instrução insuficiente, ao passo que na apelação não há formação de instrumento.

Logicamente, havendo julgamento parcial do mérito, caberá ao juízo a formação, não de um instrumento como se destinado a instruir um agravo, mas de verdadeiros autos suplementares, com a extração de cópia integral do caderno processual. Isso evitaria que o *instrumento* carecesse de qualquer peça que o órgão *ad quem* julgasse essencial ou necessária, levando ao não conhecimento do recurso, como tem ocorrido de forma corriqueira nos Tribunais de apelação.

Portanto, interposta a apelação contra a sentença parcial de mérito, o juiz, a quem não mais caberá fazer o juízo de admissibilidade recursal, conforme o art. 966 do substitutivo (art. 926 do anteprojeto),⁴⁸⁶ limitar-se-á a determinar a imediata reprodução integral do processo, juntando no novo caderno as razões de apelação, contrarrazões e, eventualmente, as razões e contrarrazões do recurso adesivo. Feito isso, o traslado será remetido ao Tribunal de Apelação.

⁴⁸⁶ Aqui cabe uma crítica ao anteprojeto, pois não se mostra razoável que o juízo tenha de receber e dar andamento ao recurso de apelação se, por exemplo, ele for manifestamente intempestivo ou desacompanhado do respectivo preparo, quando a parte não litigar com gratuidade judiciária.

Já o processo original terá normal prosseguimento, apenas sendo feito o registro pela secretaria da interposição de recurso contra a sentença parcial de mérito proferida.

Faltaria, assim, apenas regulamentar o processamento da apelação contra a sentença parcial de mérito, para o que se sugere que o art. 966 (art. 926 do anteprojeto) contenha um parágrafo único com a seguinte redação: “*Na hipótese de o recurso impugnar sentença parcial de mérito, uma vez interposto aquele, a secretaria deverá de imediato extrair cópia integral dos autos, inclusive da sentença parcial, formando autos suplementares que subirão ao juízo ad quem, e que incluirão também as razões e contrarrazões do apelo e, se for o caso, do apelo adesivo. As despesas com a extração das cópias, não litigando o recorrente com gratuidade judiciária, serão incluídas na conta final*”.

Discordamos, portanto, da sugestão de Marinoni e Mitidiero, que propõem seja o recurso apresentado diretamente ao Tribunal, onde não terá o mesmo tratamento que teria se interposto perante o juiz de primeiro grau, pelos inconvenientes já referidos.⁴⁸⁷

Necessário, ainda, adaptar a redação do art. 963, § único, do substitutivo (art. 923 do anteprojeto), relativamente à possibilidade de suscitar em sede de apelação ou nas

⁴⁸⁷ A redação proposta para o art. 924, § único, do anteprojeto, é a seguinte: “Quando a apelação for interposta contra sentenças provisórias, temporárias ou que resolvam apenas parcialmente o mérito da causa, o recurso será apresentado diretamente ao tribunal competente, acompanhado de cópia integral dos autos até o momento de sua prolação” (O Projeto do CPC. Crítica e Propostas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p.92). Ressalta-se que no substitutivo, o artigo citado foi renumerado para art. 964, com a mesma redação.

Além disso, a proposta trata de decisões diversas, pois entendemos, com a mais renovada vênua, que apenas a *sentença parcial definitiva de mérito* deve ser tratada como *sentença*. Decisões *provisórias e temporárias* não são tecnicamente sentenças, mas decisões interlocutórias, sujeitas, portanto, a recurso de agravo.

respectivas contrarrazões, as questões resolvidas até então, e que não puderam ser objeto de agravo de instrumento,⁴⁸⁸ não mais cobertas pela preclusão.

Sucedo que o texto dispõe que essas questões deverão ser objeto do apelo contra a decisão final, partindo do pressuposto de que há uma única sentença em cada processo. Todavia, na medida em que propugnamos pela possibilidade de prolação de mais de uma *sentença* em um mesmo processo, ainda na fase de conhecimento, deve ser suprimida a palavra “final”, pois as questões não preclusas devem ser suscitadas nas razões de apelação ou contrarrazões sempre que atacada uma sentença (seja quantas forem as proferidas na mesma fase do processo), desde que digam respeito ao que nesse *decisum* foi apreciado.

Destarte, sugere-se que o § único do art. 963, § único, tenha a seguinte redação: *“As questões resolvidas por decisões interlocutórias não impugnáveis por agravo de instrumento não ficam acobertadas pela preclusão, podendo ser impugnadas pela parte, em preliminar, nas razões ou contrarrazões de apelação”*.⁴⁸⁹

Como a redação sugerida não faz referência à “decisão final”, como consta do anteprojeto (art. 923) e do substitutivo (art. 963), logicamente que a mesma deverá ser aplicada sempre que uma sentença (parcial ou final) for objeto de apelação.

⁴⁸⁸ Lembramos que tanto o anteprojeto como o substitutivo do Senado não mais preveem a existência do agravo retido.

⁴⁸⁹ Acolhe-se aqui a redação sugerida por Marinoni e Mitidiero (O Projeto do CPC - Críticas e Sugestões. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 182), que propugnam inclusive pela supressão do § único do art. 929 do anteprojeto, que trata do agravo de instrumento. Sugestão, aliás, acolhida no substitutivo do Senado Federal, que o reenumerou para o art. 969, substituindo o § único por disposição diversa.

Por último, impõe-se tratar dos efeitos da sentença parcial de mérito que, por motivos óbvios, deve fazer coisa julgada material, como a sentença final proferida na fase de conhecimento e as demais sentenças que julgam o mérito, permitindo, com o trânsito em julgado, a execução definitiva e não provisória, mesmo que ainda não proferida a sentença final, encerrando definitivamente a fase de cognição.

Como já referimos, inclusive com base em doutrina abalizada, entendemos que nosso ordenamento processual civil já convive com a formação progressiva da coisa julgada. Assim, na medida em que a sentença pode ser impugnada no todo ou em parte, conforme o art. 515 do CPC (art. 965 do substitutivo – art. 925 do anteprojeto), a parte que não for objeto de recurso transita em julgado, podendo ser promovido o cumprimento definitivo da sentença.⁴⁹⁰

Exemplo típico é a sentença que, julgando ação de reparação de danos por acidente de trânsito, reconhece a culpa do réu e condena-o ao pagamento de indenização por danos no veículo do autor e por dano moral. O réu, no apelo, restringe sua irresignação apenas ao valor da indenização pelo dano moral, não se insurgindo nem contra sua culpa no evento, nem contra a indenização pelos danos materiais.

Nesse caso, perfeitamente possível que a sentença, na parte em que condenou o réu ao pagamento da indenização por danos materiais, seja objeto de cumprimento imediato e de forma definitiva.

⁴⁹⁰ O mesmo ocorre com os recursos especial e extraordinário, que podem atacar apenas parte da decisão do Tribunal.

Certo, ao Tribunal é possível apreciar de ofício as questões de ordem pública. Todavia, tal deve ficar restrito ao que foi objeto do apelo. Assim, mesmo que o Tribunal reconheça que o réu é parte passiva ilegítima, ele não pode desconstituir integralmente a sentença, na medida em que apenas a parte do *decisum* relativa à indenização por dano moral foi objeto de recurso, fulminada a condenação pelos danos materiais pela preclusão máxima.

Note-se que o exemplo trata de típica hipótese de cumulação de pedidos, e que poderiam ser veiculados em ações diversas, uma após a outra. Assim, se numa primeira demanda o réu foi condenado a indenizar os danos materiais, sem recurso por parte do réu, não poderia o juízo *ad quem*, apreciando recurso também do réu numa posterior demanda, em que o autor tivesse buscado indenização por danos morais, atingir a sentença anterior, nem por provocação do vencido, muito menos de ofício.

Portanto, o mesmo critério deve ser observado quando na mesma demanda há pedidos cumulados, e apenas um deles foi impugnado em sede de apelação.

Ademais, no exemplo citado, pode ocorrer que o réu, quando do apelo, já efetue o pagamento da condenação relativa aos danos materiais, o que implica a sua aquiescência expressa com a sentença. Seria absurdo sustentar que, mesmo diante dessa circunstância, não houvesse coisa julgada, permitindo-se àquele, anos depois, quando do trânsito em julgado do acórdão que apreciasse o seu apelo quanto aos danos morais, pudesse ajuizar ação rescisória contra integralidade do *decisum* ,

inclusive o capítulo relativo à condenação por danos materiais que ele espontaneamente cumpriu.

No entanto, como já referido anteriormente, em vista do equivocado entendimento da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, a partir do julgamento do REsp nº 404.777, sedimentado na súmula nº 401 da Corte Superior, deve o novo Código de Processo Civil deixar clara a possibilidade de formação da coisa julgada parcial e, nesse caso, o prazo para o ajuizamento da ação rescisória, agora reduzido para um ano, nos termos do art. 928, *caput*, (art. 893 do anteprojeto) deve ter início a partir do trânsito em julgado da sentença parcial, ou seja, do momento em que se formou, ainda que parcialmente, a coisa julgada.

Assim, sugere-se que o *caput* do art. 928, *caput*, (art. 893 do anteprojeto) do substitutivo tenha a seguinte redação: *“O direito de propor ação rescisória extingue-se em um ano contado do trânsito em julgado da sentença. Em sendo essa parcial, o prazo será contado a partir de seu trânsito em julgado”*.

Em vista disso, deve também ser adaptada a redação do art. 489 do substitutivo (art. 483 do anteprojeto), para nele incluir o parágrafo único, com a seguinte redação: *“A coisa julgada poderá formar-se progressivamente, na hipótese de o mérito ser solucionado apenas parcialmente antes de proferida a sentença final”*.

Tal modificação destina-se justamente a deixar claro que a coisa julgada pode formar-se progressivamente, no caso de ser o mérito resolvido apenas em parte no curso do processo, antecipando-se o juiz, assim, à prolação da sentença final.

Com essas alterações propostas no novo Código de Processo Civil, entendemos que a sentença parcial definitiva de mérito estará devidamente contemplada pelo legislador, deixando os operadores do Direito bem à vontade para usufruir, quando cabível, as vantagens do instituto.

7. Conclusões

Foi nosso propósito demonstrar o cabimento da prolação da sentença parcial de mérito no processo civil brasileiro, embasado o estudo, como já assentado inicialmente, nas lições de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, razão de uma inicial passagem sobre o processo civil na perspectiva do formalismo-valorativo, ou seja, de um processo civil impregnado de valores, sem apego a formalismos exagerados e inúteis.

Fez-se necessária, ademais, uma abordagem acerca dos princípios constitucionais relevantes para o estudo, especialmente aquele que diz respeito à garantia da duração razoável do processo, uma das razões, aliás, que nos levaram ao tema tratado.

Logicamente, um estudo sobre a sentença parcial de mérito não poderia ser feito sem a análise do instituto *sentença*, visando a proporcionar uma maior compreensão sobre o tema.

Ainda, também relevante, a nosso ver, a análise comparativa de institutos similares, como a antecipação da tutela do direito brasileiro e a *condanna con riserva* do direito italiano, ao que se aliou a constatação da existência, em nosso processo civil, de outras sentenças parciais de mérito.

Finalmente, chegamos ao ponto central da tese, onde tentamos demonstrar – e esperamos ter conseguido, modestamente - a possibilidade de prolação, no atual

ordenamento processual civil, sem a necessidade de alterações legislativas, da sentença parcial de mérito, como forma de abreviar a prestação jurisdicional, entregando-a à parte interessada – ainda que apenas parcialmente -, em cumprimento a mandamento constitucional, dentro de prazo razoável.

Sentença essa sujeita ao recurso de apelação, interposto perante o juízo *a quo*, e que sobe ao Tribunal em autos suplementares, sem paralisar o andamento do processo, relativamente à parte da causa ainda não julgada, daquela resultando a formação da coisa julgada material, haja vista basear-se o ato judicial em cognição completa e exauriente - não sumária, portanto.

Chamamos a atenção dos operadores, porém, de que a sentença parcial não é a panaceia da demora na prestação jurisdicional, mas um instrumento de que o juiz deve dispor com prudência, não se justificando seja proferida ante a perspectiva de uma breve instrução, permitindo que uma só sentença seja proferida em breve.

Aliás, assim dispõe a ZPO, § 301, I, que a despeito de antes determinar que o Tribunal deve proferir sentença parcial, se tal for possível, ressalva a possibilidade de não o fazer quando não achar conveniente, ou seja, quando a sentença global possa ser proferida em breve. Do contrário, estar-se-ia produzindo processos com mais incidentes e que, ao fim e ao cabo, demandariam maior tempo para uma solução definitiva. Não é esse o espírito da solução aqui propugnada.

Mesmo para aqueles que entendem inviável a prolação de sentença parcial de mérito – posição respeitosa, mas da qual discordamos -, pela ausência de previsão expressa no ordenamento pátrio, lembramos que o juiz não pode ficar de mãos atadas em vista da omissão do legislador.

Como diz Mauro Cappelletti, “Sempre a teoria é estimulada a trabalhar, mormente naqueles momentos e sobre aqueles institutos a respeito dos quais está surgindo a consciência de sua insuficiência e, por isso, de uma necessidade de reforma. É nesse sentido que uma teoria está estritamente ligada à praxe”.⁴⁹¹

Por último, tratamos do tema na perspectiva do anteprojeto do Código de Processo Civil, ainda em tramitação no Congresso Nacional, observada a redação do substitutivo aprovado pelo Senado Federal, persistindo o entendimento de que o instituto, ainda que não devidamente prestigiado pelo legislador como seria de esperar, tem seu lugar no ordenamento processual pátrio, propondo inclusive regulamentação adequada na nova legislação, alcançando também seus efeitos e o recurso cabível.

Relevante reprisar as palavras de Barbosa Moreira: “Quem sente necessidade de proteção nem sempre renuncia a pleiteá-la por causa da mera inexistência ou insuficiência dos textos legais; o juiz, por sua vez, nem sempre se deixa paralisar no impulso de fazer justiça pelo simples fato de não encontrar no receituário oficial o

⁴⁹¹ O Processo Civil Italiano no quadro da contraposição “Civil Law” - “Common Law”. Revista da AJURIS, Porto Alegre, nº 100, dez. 2005, p. 409/442.

medicamento específico apropriado. Ambos procuram remédio no similar que estiver mais à mão”.⁴⁹²

Não podemos esquecer de que mesmo não tratando o legislador adequadamente do instituto, essa omissão fere a garantia do jurisdicionado à duração razoável do processo, norma autoaplicável, devendo aquela, portanto, ser suprida pelo juiz no caso concreto.

Portanto, cabe aos operadores, mesmo antes de o nosso ordenamento processual civil prever expressamente o julgamento parcial de mérito, colocarem-no em prática como uma das formas de atender ao comando constitucional do art. 5º, LXXVIII, sabidamente autoaplicável, de que as partes têm direito a um processo com duração razoável e aos meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

⁴⁹² Barbosa Moreira, José Carlos. Tutela de Urgência e Efetividade do Direito. In: Temas de Direito Processual. São Paulo: Saraiva, 2004, Oitava Série, p. 98.

8. Referências Bibliográficas

- ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **Do formalismo no processo civil**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- _____. **Teoria e Prática da Tutela Jurisdicional**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- _____. **A garantia do contraditório**. Revista da AJURIS, Porto Alegre, nº 74, p. 103/120, nov. 1998.
- _____. **Alcance e Natureza da Tutela Antecipada**. Revista da AJURIS, Porto Alegre, nº 66, p. 202/211, mar. 1996.
- _____. **Da sentença: Lei nº 11.277/06 e nova redação dada aos arts. 162, 267, 269, 463 e introdução dos arts. 466-A, 466-B e 466-C pela Lei nº 11.232/05**. In: As Recentes Reformas Processuais. Caderno do Centro de Estudos do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. V. 1, p. 25/37, nov. 2006.
- _____. **Efetividade e processo de conhecimento**. Revista da AJURIS, Porto Alegre, nº 75, p. 120/135, set. 1999.
- _____. **Efetividade e tutela jurisdicional**. Revista da AJURIS, Porto Alegre, nº 98, p. 7/32, jun. 2005.
- _____. **Formas de Tutela Jurisdicional no chamado Processo de Conhecimento**. Revista da AJURIS, Porto Alegre, nº 100, p. 59/72, dez. 2005.
- _____. **O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo**. Revista do Processo, São Paulo, nº 137, p. 7/31, jun. 2006.
- _____. **O Juiz e o Princípio do Contraditório**. Revista da AJURIS, Porto Alegre, nº 59, p. 308/318, nov. 1993.

_____ . **O problema da eficácia da sentença.** Revista da AJURIS, Porto Alegre, nº 92, p. 149/162, dez. 2003.

_____ . **O processo Civil na perspectiva dos direitos fundamentais.** Revista da AJURIS, Porto Alegre, nº 87, p. 37/49, set. 2002.

_____ . **Os Direitos Fundamentais à Efetividade e à Segurança em Perspectiva Dinâmica.** Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil, Porto Alegre, v. 4, nº 21, p. 109-124, nov. 2007.

_____ . **Perfil Dogmático da Tutela de Urgência.** Revista da AJURIS, Porto Alegre, nº 70, p. 214/239, jul. 1997.

_____ . **Poderes do Juiz e Visão Cooperativa do Processo.** Revista da AJURIS, Porto Alegre, nº 90, p. 55/84, jun. 2003.

_____ . **Procedimento e Ideologia no Direito Brasileiro Atual.** Revista da AJURIS, Porto Alegre, nº 33, p.79/85, mar. 1985.

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto e LACERDA, Galeno. **Comentários ao Código de Processo Civil.** 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, v. VIII, t. II.

ARRUDA ALVIM, José Manoel. **SENTENÇA CIVIL – As diversas formas de terminação do processo em primeiro grau.** Revista do Processo, São Paulo, nº 2, p. 13/94, abr-jun. 1976.

_____ . **Manual de Direito Processual Civil.** 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997 (10ª ed., 2006).

AMARAL, Guilherme Rizzo, **Nova Execução – Comentários à Lei nº 11.232, de 22 de dezembro de 2005,** Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (coord). Porto Alegre: Forense, 2006, p. 74/143.

_____ . **Cumprimento e Execução de Sentença sob a ótica do Formalismo Valorativo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

ANDRADE, Haroldo Serrano. **Uma releitura da sentença e o "apelo por instrumento"**. São Paulo. Disponível em: www.jusnavigandi.com.br. Acesso: 04.09.2006.

ASSIS, Araken de. **Cumprimento da Sentença**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Tutela Sancionatória e Tutela Preventiva**, in *Temas de Direito Processual*. São Paulo: Saraiva, 1980, Segunda Serie, p. 21/29.

_____ . **Antecipação da Tutela: Algumas Questões Controvertidas**, in *Temas de Direito Processual*. São Paulo, 2004, Oitava Série, p. 77/105.

_____ . **Comentários ao Código de Processo Civil**. 12ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, v. V.

_____ . **Tutela de Urgência e Efetividade do Direito**, in *Temas de Direito Processual*. São Paulo: Saraiva, 2004, Oitava Série, p. 89/105.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes Instrutórios do Juiz**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

BELLINETTI, Luiz Fernando. **Sentença Civil – Perspectivas conceituais no ordenamento jurídico brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

BERTOLDI, Marcelo M. **Tutela Antecipada, Abuso do Direito e Propósito Protelatório do Réu**. In *Aspectos Polêmicos da Antecipação de Tutela* (coord) Tereza Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 309/331.

BUZAID, Alfredo. **Do Agravo de Petição no Sistema do Código de Processo Civil**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1956.

_____ . **Estudos e Pareceres de Direito Processual Civil**. Notas de adaptação do direito vigente de Ada Pellegrini Grinover e Flavio Luiz Yarshell. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

CALAMANDREI, Piero. **La Genesi Logica della Sentenza Civile**. Opere Giuridiche. Napoli: Morano Editore, 1965, v. I, p. 11/54.

_____ . **Verità e Verosimiglianza nel Processo Civile**. Opere Giuridiche. Napoli: Morano Editore, 1972, v. V, p. 615/640.

CALMON DE PASSOS, Joaquim José. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, v. III.

CANOTILHO, J J. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 4ª ed. Coimbra: Almedina, 2000.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores**. Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993.

_____ . **O Processo Civil Italiano no quadro da contraposição “Civil Law” – “Common Law”**. Revista da AJURIS, Porto Alegre: nº 100, p. 409/442, dez. 2005.

CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

CARNEIRO, Athos Gusmão. **Da Antecipação de Tutela**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

_____ . **O princípio *sententia habet paratam executionem* e a multa do Artigo 475-J do CPC**. Revista da AJURIS, Porto Alegre, nº 112, dez. 2008, p. 25/39).

CARREIRA ALVIM, **Código de Processo Civil Reformado**. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

CARVALHO, Fabiano. **EC n. 45: Reafirmação da Garantia da Razoável Duração do Processo**. In: Reforma do Judiciário – Primeiras Reflexões sobre a Emenda Constitucional nº 45/2004. (coord) Teresa Arruda Alvim Wambier e outros. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 215/223.

CHIARLONI, Sergio. **Il Nuovo art. 111 Cost. e il processo civile**. Rivista di Diritto Processuale. Padua: 2ª série, v. 55, p. 1010-1034, 2000.

_____. **La Giustizia civile degli anni'80: le riforme possibili**. Foro Italiano. Parte V, p. 220-226, 1984.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. Tradução de J. Guimarães Menegale. São Paulo: Editora Saraiva, 1969, v. I e III.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 2ª ed. São Paulo: Forense, 2003, v. IV.

CIPRIANI, Franco. **Il processo civile italiano tra efficienza e garanzie**. Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile. Milano, ano LVI, nº 4, p. 1243/1261, dez. 2002.

COMOGLIO, Luigi Paolo. **Il “Giusto Processo” Civile in Italia e in Europa**. Revista do Processo. São Paulo: nº 116, ano 29, p. 97/158, jul-ago. 2004.

_____. **La Garanzia Costituzionale dell’Azione ed il Processo Civile**. Padua: Cedam, 1970.

COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado e TARUFFO, Michele. **Lezioni sul Processo Civile**. 2ª ed. Bolonha: Il Mulino, 1995.

CRUZ e TUCCI, José Rogério. **Garantia do processo sem dilações indevidas**. *In* Garantias constitucionais do processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

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

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **O § 6º do art. 273 do CPC: Tutela Antecipada Parcial ou Julgamento Antecipado Parcial da Lide?** Revista Dialética de Direito Processual. São Paulo: 2003, v. I, p. 109/126.

_____. **A Fazenda Pública em Juízo.** 5ª ed. São Paulo: Dialética, 2007.

DALL'ALBA, Felipe Camilo. **Sentenças Parciais de Mérito: Sua Aplicação Na Praxe Forense Brasileira.** Revista da AJURIS, Porto Alegre: v. 99, p. 353/370, set. 2005.

DANOVI, Remo. **I tempi della giustizia e i costi umani.** Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile. Milano: ano L, 1996, p. 287/294.

DIAS, Luciana Crimel. **Dossiê Itália: a grave e profunda crise da duração dos processos/alerta e subsídio.** GENESIS – Revista de Direito Processual Civil. Curitiba, v. 26, p. 779/820, out-dez. 2002.

DIDIER, Fredie Jr. **Inovações na antecipação dos efeitos da tutela e a resolução parcial do mérito.** GENESIS – Revista de Direito Processual Civil. Curitiba, v. 26, p. 711/734, out-dez. 2002.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil.** 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004, v. I, II e III.

_____. **A instrumentalidade do processo.** 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. **A Reforma do Código de Processo Civil.** 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

_____. **A Reforma da Reforma.** 4ª ed., São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. **Capítulos de Sentença.** 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

DINIS, Joaquim José de Sousa. **Inovações e Perspectivas no Direito Processual Civil Português**. Revista de Processo. São Paulo, nº 106, p. 129/140, abr. jun. 2002.

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 3ª ed. Rio de Janeiro: 1988, v. VIII, t. III.

FAZZALARI, Elio. **Instituições de Direito Processual**, tradução de Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006.

_____. . Vocábulo sentenza civile. Enciclopedia del Diritto. Giuffrè: Milano, v. XLI, p. 1245/1270.

FIGUEIRA, Joel Dias Junior. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, v. IV, t. II.

FLACH, Daisson. In: **A Nova Execução – Comentários à Lei nº 11.232, de 22 de dezembro de 2005**. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (coord). Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 29/73.

_____. **Processo e Realização Constitucional: a Construção do ‘Devido Processo**, in AMARAL, Guilherme Rizzo e CARPENA, Márcio Louzada (coords.), *Visões Críticas do Processo Civil Brasileiro – Uma Homenagem ao Prof. Dr. José Maria Rosa Tesheiner*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, págs. 11/30.

_____. **A Verossimilhança no Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

FUIANO, Mario Pio. **Durata ragionevole del processo e termini per comparire**. Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile. Milano, ano LVII, nº 1, p. 241/261, mar. 2003.

FUX, Luiz. **Curso de Direito Processual Civil**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Princípio da adequação formal do direito processual civil português**. Revista de Processo. São Paulo, nº 164, p. 121/134, out. 2008.

GÓES, Gisele Santos Fernandes. **Razoável Duração do Processo**. *In*: Reforma do Judiciário – Primeiras Reflexões sobre a Emenda Constitucional nº 45/2004. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 261/268.

GOLDSCHMIDT, James. **Derecho Procesal Civil**. Tradução de Leonardo Prieto Castro. 2ª ed. Editora Labor: Barcelona, 1936.

GROSSI, Paolo, **El Orden Jurídico Medieval**, tradução de Francisco Tomás y Valiente e Clara Alvarez. Madri: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 1996.

HOFFMAN, Paulo. **O Direito à Razoável Duração do Processo e a Experiência Italiana**. *In*: Reforma do Judiciário – Primeiras Reflexões sobre a Emenda Constitucional nº 45/2004. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 571/589.

JAUERNIG, Othmar. **Direito Processual Civil**, tradução de F. Silveira Ramos. 25ª ed. Lisboa: Almedina, 2002.

KNIJNIK, Danilo. **A Prova nos Juízos Cível, Penal e Tributário**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

LACERDA, Galeno. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, v. VIII, t. I.

_____. **Processo e Cultura**. Revista de Direito Processual Civil. São Paulo: Saraiva, 1961, v. III, p. 74/86.

_____ . **Mandados e Sentenças Liminares.** Revista Forense. Rio de Janeiro: Forense, vol. 236, ano 67, p. 12/20, out. dez. 1971.

LANCELLOTTI, Franco. Vocábulo *sentenza civile*. Novissimo Digesto Italiano. 3ª ed. Vione Tipografico – Editrice Torinese: Torino, 1969, v. XVI, p. 1106/1161.

LISBOA, Celso Anicet. **A Reforma do Código de Processo Civil - A Reforma do Código de Processo Civil – Comentários às Leis nº 11.187, de 19 de outubro de 2005 (Agravo) e 11.232, de 22 de dezembro de 2005 (Fases de cumprimento da sentença).** Rio de Janeiro: Forense, 2006.

LOPES, João Batista. **Reforma do Judiciário e Efetividade no Processo Civil.** *In:* Reforma do Judiciário – Primeiras Reflexões sobre a Emenda Constitucional n. 45/2004. Teresa Arruda Alvim Wambier e outros (coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 331/342.

LUISO, Francesco P. **Diritto processuale civile - Il Processo di Cognizione.** 3ª ed. Milano: Giuffrè, 2000, v. II.

_____ . **Diritto processuale civile - I Processi Speciali.** 3ª ed. Milano: Giuffrè, 2000, v. IV.

MARINI, Luigi. **I giudici, la produttività, i luoghi comuni.** Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile. Milano, ano LIX, nº 1, p. 281/288, mar. 2005.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação da Tutela.** 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____ . **Tutela Antecipatória e Julgamento Antecipado – Parte Incontroversa da Demanda.** 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____ . **Técnica Processual e Tutela dos Direitos.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____ . **Garantia da tempestividade da tutela jurisdicional e duplo grau de jurisdição.** *In* Garantias constitucionais do processo civil. Cruz e Tucci, José Rogerio (org.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 218

MARINONI, Luiz Guilherme, e ARENHART, Sergio Cruz. **Manual do Processo de Conhecimento.** 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MARINONI, Luiz Guilherme, e MITIDIERO, Daniel. **O Projeto do CPC. Crítica e Propostas.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MATTOS, Sergio Luís Wetzel de. **Devido Processo Legal e Proteção de Direitos.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro.** 17ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1990.

MILMAN, Fabio. **O novo conceito legal de sentença e suas repercussões recursais: primeiras experiências com a apelação por instrumento.** Revista de Processo, São Paulo, ano 32, nº 150, p. 160-174, ago 2007.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição.** 1ª ed. 2ª tir. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

MITIDIERO, Daniel. **Comentários ao Código de Processo Civil.** São Paulo: Memória Jurídica, 2004, t. I.

_____ . **Comentários ao Código de Processo Civil.** São Paulo: Memória Jurídica, 2005, t. II.

_____ . **Elementos para uma Teoria do Processo Civil Contemporâneo.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____ . In: **A Nova Execução – Comentários à Lei nº 11.232, de 22 de dezembro de 2005**. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (coord). Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 1/28.

_____ . **Direito Fundamental ao Julgamento Definitivo da Parcela Incontroversa: Uma Proposta de Compreensão do art. 273, § 6º, do CPC, na perspectiva do Direito Fundamental a um Processo sem Dilações Indevidas (art. 5º, LXXVIII (CRFB))**, in *Processo Civil e Estado Constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 41/57.

_____ . **Sentenças Parciais de Mérito e Resolução Definitiva Fracionada da Causa (Lendo um Ensaio de Fredie Didier Jr.)**. in: MITIDIERO, Daniel e ZANETTI, Hermes Junior. *Introdução ao Estudo do Processo Civil, Primeiras Linhas de um Paradigma Emergente*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2004, p. 165/180.

_____ . **Colaboração no Processo Civil – Pressupostos Sociais, Lógicos e Éticos**. Coleção Temas Atuais de Direito Processual Civil – v. 14 (coord. Luiz Guilherme Marinoni e José Roberto dos Santos Bedaque. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MONIZ DE ARAGÃO, E. D. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, v. II.

_____ . **Sentença e Coisa Julgada – Exegese do Código de Processo Civil (arts. 444 a 475)**. Rio de Janeiro: Aide, 1992, p. 79/80.

MONTESQUIEU. **Do espírito das leis**. São Paulo: Abril Cultural, 1973, p. 160.

MORAES e BARROS, Hamilton de, **Comentários ao Código de Processo Civil**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988, v. IX.

MOUTA ARAUJO, José Henrique. **Coisa Julgada Progressiva & Resolução Parcial do Mérito**. Curitiba: Juruá, 2008.

NORONHA, Carlos Silveira. **Sentença Civil – Perfil Histórico-dogmático**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

PATTO, Belmiro Jorge. **Aspectos da Dimensão Temporal do Processo Civil nas Alterações Advindas da EC nº 45, de 8 de dezembro de 2004**. In: Reforma do Judiciário – Primeiras Reflexões sobre a Emenda Constitucional n. 45/2004. Teresa Arruda Alvim Wambier e outros (coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 110/120.

PICARDI, Nicola. **Audiatur et altera pars – Le matrici storico-culturali del contraddittorio**. Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile. Milano: 2003, p. 7/22.

_____. **La Responsabilità del Giudice: La Storia Continua**. Rivista di Diritto Processuale. Milano: CEDAM. Ano LXII, nº 2, março-abril 2007, p. 294.

PALERMO, Antonio. **Il Processo di Formazione della Sentenza Civile**. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1956.

POZZA, Pedro Luiz. **As novas regras dos recursos no processo civil e outras alterações – Leis nº 10.352, 10358/2001 e 10.444/2002**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

REALE, Miguel. **Fundamentos do Direito**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972.

REDONDO, Bruno Garcia. **Sentença parcial de mérito e apelação em autos suplementares**. Revista de Processo. São Paulo, ano 33, nº 160, p. 142/156, jun. 2008.

REICHELT, Luís Alberto. **A Prova no Direito Processual Civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

ROCCO, Alfredo. **La Sentenza Civile – Studi**. 1ª ed. (reimpressão). Milano: Dott. A. Giuffrè, 1962.

ROSENBERG, Leo. **Tratado de Derecho Procesal Civil**. Tradução de Angela Romera Vera. Ediciones Juridicas Europa-America. Buenos Aires, 1955, tomo II.

SANTOS, Ernani Fidelis dos. **Novos Perfis do Processo Civil Brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989, v. IV.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SATTA, Salvatore. **Diritto Processuale Civile**. 9º ed. Padova: CEDAM, 1981.

SCARSELLI, Giuliano. **La Condanna con Riserva**. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1989.

SCARTEZZINI, Ana Maria Gioffi Flaquer. **O Prazo razoável para a duração dos processos e a responsabilidade do Estado pela demora na outorga da prestação jurisdicional**. In: Reforma do Judiciário – Primeiras Reflexões sobre a Emenda Constitucional n. 45/2004. Teresa Arruda Alvim Wambier e outros (coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 41/49.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Celeridade versus Economia Processual**. GENESIS – Revista de Direito Processual Civil. Curitiba, nº 15, p. 49/55, jan-mar. 2000.

_____. **Conteúdo da Sentença e Mérito da Causa**. In: Sentença e Coisa Julgada (Ensaio e Pareceres). 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 231/244.

_____ . **Decisões Interlocutórias e Sentenças Liminares.** Revista da AJURIS, Porto Alegre, nº 51, p. 126/149, mar. 1991.

_____ . **Curso de Processo Civil.** 3ª ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1996.

_____ . **Comentários ao Código de Processo Civil,** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, v. XIII.

SILVA, José Afonso. **Aplicabilidade das normas constitucionais.** 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

SILVA, Ricardo de Oliveira Filho. **A Sentença Parcial de Mérito e o Processo Civil Moderno.** Revista da AJURIS, Porto Alegre, nº 108, p. 285/297, dez. 2007.

SLAIBI, Nagib Filho. **Sentença Cível (Fundamentos e Técnica).** 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SPALDING, Alessandra Mendes. **Direito Fundamental à Tutela Jurisdicional Tempestiva à Luz do inciso LXXVIII do art. 5º da CF, inserido pela EC n. 45/2004.** In: Reforma do Judiciário - Primeiras Reflexões sobre a Emenda Constitucional n. 45/2004. Teresa Arruda Alvim Wambier e outros (coord.), São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 31/40.

STEIN, Friedrich. **El Conocimiento Privado del Juez.** Madri: Centro de Estudios Ramón Areces, 1990.

TARELLO, Giovanni. **Storia della Cultura Giuridica Moderna.** Bologna: Il Mulino, 1976.

TARUFFO, Michele. **La Fisionomia della sentenza in Italia.** In: La Sentenza in Europa – Metodo, Tecnica e Stile. Padua: CEDAM. 1988, p. 180/214.

_____ . **La Motivazione della Sentenza Civile.** Padua: Cedam, 1975.

_____ . **La prova dei fatti giuridici**. Milano: Giuffrè, 1992.

TARUFFO, Michele; CARPI, Federico e COLESANTI, Vittorio. **Commentario Breve al Codice di Procedura Civile**. Padua: CEDAM, 1984.

_____ . **La Prova dei Fatti Giuridici**. Milano: Giuffrè, 1932.

_____ . **Una Semplice Verità – Il Giudice e le Costruzione dei Fatti**. Roma-Bari: Laterza, 2009.

TARZIA, Giuseppe. **L'art. 111 Cost. e le garanzie europee del processo civile**. Rivista di Diritto Processuale Civile. Padua: Il serie, v. 56, p. 1-22, 2001.

_____ . **O Novo Processo Civil de Cognição na Itália**. Revista da AJURIS, Porto Alegre: v. 65, p. 73/91, nov. 1995.

TEIXEIRA DE SOUZA, Miguel. **Um novo processo civil português: à la recherche du temps perdu?** Revista do Processo, São Paulo, nº 161, p. 203/220, jul. 2008.

TESHEINER, José Maria Rosa (coord). **Nova Sistemática Processual Civil**. Caxias do Sul: Plenum, 2006.

THEODORO Junior, Humberto. **As Novas Reformas do Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____ . **Sentença – Direito Processual ao Vivo**. Rio de Janeiro: Aide. v. 1, 1991.

TJADER, Ricardo Luiz da Costa. **Cumulação Eventual de Pedidos – Art. 289 do CPC sem segredos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1988.

TROCKER, Nicolò. **Processo Civile e Costituzione – Problemi di Diritto Tedesco e Italiano**. 1ª ed. Milano: Giuffrè, 1974.

_____ . **Il Nuovo articolo 111 della Costituzione e il “giusto processo” in materia civile: profili generali.** Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, Milano: Giuffrè, jun 2001, ano LV, nº 2, p. 381/410.

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

_____ . **A Reforma do CPC.** São Paulo: Saraiva, 1996.

ZANETI, Hermes Junior. **Processo Constitucional: Relações entre Processo e Constituição.** Revista da AJURIS, Porto Alegre: nº 94, p. 105/132, jun. 2004.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da Tutela,** 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

_____ . **Antecipação da Tutela em Face de Pedido Incontroverso.** Revista Jurídica, Porto Alegre, nº 301, p. 30/35, nov. 2002.

_____ . **Comentários ao Código de Processo Civil.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, v. VIII.