

ANTECIPAÇÃO DA TUTELA EM FACE DE PEDIDO INCONTROVERSO

Teori Albino Zavascki
Magistrado federal
Professor de Direito na UFRGS

SUMÁRIO: 1. Características gerais; 2. Fundamento constitucional; 3. Conceito de pedido incontroverso; 4. Antecipação e âmbito do pedido; 5. Natureza e regime procedimental ; 6. Conclusões

1. Características gerais

Nova hipótese de antecipação de tutela foi criada pela Lei 10.444, de 07.05.2002, que acrescentou o seguinte parágrafo ao art. 273 do CPC: “§ 6º A tutela antecipada também poderá ser concedida quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parte deles, mostrar-se incontroverso”. O cenário suposto é constituído, portanto, de demanda que tem por objeto um pedido ou um conjunto de pedidos cuja satisfação pode ser juridicamente dividida e materialmente efetivada por partes, em tempos diferentes. Supõe-se, também, que uma das partes ou das porções é “controversa” e a outra “incontroversa”. Em tal ocorrendo, fica permitida a antecipação dos efeitos da tutela decorrente (a) do pedido incontroverso, ou (b) da parte incontroversa de um pedido. Resulta clara a intenção do legislador: não retardar a prestação jurisdicional de um direito manifestamente evidente que, por circunstâncias meramente processuais, está atrelado a outro direito, controvertido. O sentido constitucional dessa permissão legislativa indicará com mais nitidez as suas características e o seu alcance.

2. Fundamento constitucional

A fórmula da antecipação da tutela fundada na evidência do direito postulado, prevista no § 6º, busca, sem dúvida, privilegiar a celeridade da função jurisdicional. O princípio



constitucional da efetividade do processo se exterioriza, entre outros modos, também pela pronta resposta do Estado às demandas que lhe são dirigidas. Não se estará atendendo àquele princípio se a demora na entrega da tutela reclamada decorrer de motivo injustificado ou irrazoável. De certo modo, o julgamento conforme o estado do processo (art. 328) representa forma de concretizar esse princípio. Realmente, se, no curso do processo, houver confissão quanto aos fatos – ficta ou expressa -, ou se a controvérsia girar exclusivamente sobre matéria de direito, cumpre ao juiz pronunciar desde logo o seu veredicto, atendendo ou não, sem mais delongas, a pretensão do demandante.

Pode ocorrer, todavia, e essa é a circunstância considerada no § 6º, do art. 273, que uma parte do pedido ou um dos pedidos cumulados, isoladamente considerado, está em condições de ser desde logo apreciado e, mais que isso, pela sua evidência, julgado procedente; mas a parte ou o pedido restante, por ser controvertido, ainda reclama providências instrutórias ou exame mais detido, por ser duvidosa a sua procedência. Em casos tais, conforme observou Marinoni, seria “injusto obrigar o autor a esperar a realização de um direito que não se mostra mais controvertido”. Assim, “se o processo prosseguir, não obstante a evidência de um direito, a tutela antecipatória é o único instrumento, dentro do atual sistema processual, que permite que o procedimento comum atenda ao direito constitucional à tempestividade da tutela jurisdicional, evitando que o autor seja obrigado a esperar indevidamente a tutela de um direito incontrovertido”.¹

Como se percebe, a hipótese de antecipação da tutela em face da evidência do direito, ora em foco, reveste-se, do ponto de vista constitucional, de natureza peculiar. Diferentemente das demais hipóteses previstas no art. 273 do CPC, cuja função é a de estabelecer condições de convivência entre os princípios da segurança jurídica e da efetividade do processo eventualmente em colisão², a nova espécie de antecipação, que ocorre em cenário onde não existe o citado conflito, representa simplesmente uma ação afirmativa em benefício do princípio constitucional da efetividade.

¹ MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela Antecipatória, Julgamento Antecipado e Execução Imediata da Sentença, São Paulo, RT, 1997, p.162/163.

² Sobre o tema: ZAVASCKI, Teori Albino. Antecipação da Tutela, SP, Saraiva, 3ª ed., Capítulo IV.



3. Conceito de pedido incontroverso

A questão central para definir o alcance do dispositivo é esta: o que significa, para os fins previstos no § 6º do art. 273, “pedido incontroverso”?

Segundo o Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa, “incontroverso” é adjetivo que designa o que “não é controverso, que não admite controvérsia; incontrovertido, indiscutível, indubitável”. Numa primeira acepção puramente literal poder-se-ia afirmar, assim, que pedido incontroverso seria aquele a cujo respeito não se estabeleceu controvérsia entre as partes. Em outras palavras, para configurar “incontrovérsia”, bastaria que o demandado não se opusesse ao pedido do demandante. Pergunta-se, contudo: a mera ausência de oposição significará, por si só, que o pedido é incontroverso para os fins do § 6º? A resposta, certamente, deve ser negativa. Pode ocorrer, por exemplo, que o demandado não conteste determinado pedido, o qual, contudo, na avaliação do juiz, é manifestamente descabido. Em caso tal, considerando que a sentença final será de improcedência, é lógico concluir que, embora se trate de pedido a cujo respeito não há controvérsia *entre as partes*, a sua antecipação será inadmissível. Não se pode esquecer, ademais, que a ausência de contestação pode decorrer de colusão, hipótese em que o processo não poderá prosseguir, cumprindo ao juiz imediatamente extingui-lo sem julgar o mérito (CPC, 267, IV) e não antecipar a tutela. Nessa mesma linha de raciocínio, pode-se aventar hipótese de demandas sobre direitos indisponíveis: a ausência de controvérsia formal entre as partes sobre eles, impõe que o juiz, mesmo para efeito de antecipação, examine adequadamente a higidez do pedido do autor. O que se quer afirmar, com os exemplos, é que “incontrovérsia” ensejadora da medida antecipatória somente se configura com a presença de um elemento essencial, a saber: a ausência de controvérsia deve considerar e envolver a posição do terceiro figurante da relação processual, que é o juiz. Portanto, além da ausência de controvérsia entre as partes, somente poderá ser tido como incontroverso o pedido que, na convicção do juiz, for verossímil³. “Incontroverso”, em suma, não é o “indiscutido”, mas sim o “indiscutível”.

³ Entendimento em sentido diferente foi manifestado por DINAMARCO, Cândido Rangel, A Reforma da Reforma, 2ª ed., São Paulo, Malheiros, 2002, para quem “a incontrovérsia de que cuida o § 6º do art. 273 do Código de Processo Civil significa (...) ausência de questionamento de algum dos pontos de fato contidos na petição inicial” (p. 95).



Por outro lado, a “controvérsia” que impede a antecipação não é, apenas, a que diz respeito a questões de mérito. Mesmo em face de pedido que, em si mesmo, é incontroverso e verossímil, a antecipação pressupõe ausência de empecilhos de ordem processual para o seu atendimento. Assim, se for alegada incompetência, ou litispendência, ou coisa julgada, ou falta de qualquer pressuposto processual ou condição da ação, enfim, se for alegada qualquer exceção ou defesa concernente à ação ou ao processo (arts. 301 e 304), estará configurado um pressuposto negativo para o deferimento da medida antecipatória, ainda que a respeito do pedido, em si, não tenha havido contestação alguma.

Em contrapartida, considerando o manifesto desiderato legislativo - de criar, com a satisfação antecipada, ainda que provisória, dos “pedidos incontroversos”, uma ação afirmativa em prol da efetividade do processo -, é indispensável que se retire dessa vontade da lei as conseqüências lógicas que dela naturalmente decorrem, entre as quais a de não admitir a utilização de subterfúgios à concretização dos objetivos programados. Sob essa premissa, é apropriado concluir, quando se interpreta o § 6º, que a “controvérsia” apta a inibir a antecipação da tutela há de se revestir de um mínimo de seriedade e razoabilidade. Nesse enfoque, pode-se dar ao conceito de “pedido incontroverso” um sentido ampliado, mais afinado com uma interpretação teleológica da norma: será considerado como incontroverso o pedido, mesmo contestado, quando os fundamentos da contestação sejam evidentemente descabidos ou improcedentes. Em outras palavras: quando não haja contestação séria.

Esta ausência de seriedade ou razoabilidade, todavia, há de ser medida, não apenas a partir da convicção pessoal do juiz, mas à luz de critérios objetivos fornecidos pelo próprio sistema de processo. Por exemplo: não se poderá ter como controvertido um pedido cuja contestação esteja fundada exclusivamente na negação de um fato notório (CPC 334,I) ou de um fato que goze de presunção legal de verdade (CPC 334, IV); também não se pode ter por controvertido um pedido cuja contestação tenha por fundamento exclusivo alegação contrária (a) a decisões de caráter vinculante, como são as proferidas no âmbito do controle concentrado de constitucionalidade (Lei 9.868, de 10.11.99, art. 28, § único) ou (b) contrária a súmula ou jurisprudência firme do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, hoje tão prestigiadas em nosso sistema (CPC, art. 475, § 3º e art. 558).

Em suma: pode-se afirmar que a antecipação da tutela de que trata o § 6º do art. 273 do CPC tem como pressuposto pedido (ou a parcela dele) (a) não controvertido seriamente pelas partes, (b) verossímil e (c) cujo atendimento não está subordinado a qualquer questão prejudicial.

4. Antecipação e âmbito do pedido

Embora isso não esteja expresso no dispositivo, é certo que a antecipação a que se refere o § 6º terá por objeto os efeitos da tutela pretendida na porção incontroversa do pedido. Segundo a lei, isso teria lugar “quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso”. A interpretação literal, que coloca a existência de cumulação de pedidos como pressuposto em qualquer caso, reduziria sem razão lógica âmbito das virtualidades do preceito normativo. Na verdade, se é possível, em face de pedidos cumulados, adiantar a tutela de parte de um deles apenas, não haveria porque impedir que o mesmo ocorresse quando o pedido fosse único. Não se poderia negar o menos se a lei permitiu o mais. Tal resultado interpretativo tem em seu favor o argumento teleológico: o desiderato do legislador foi o de criar um mecanismo para atender, sem delongas, a porção do pedido a cujo respeito não pairar contestação e esse objetivo pode ser alcançado mesmo quando o pedido for único, bastando que seja, juridicamente e materialmente, suscetível de divisão.

Se o pedido for alternativo (“quando, pela natureza da obrigação, o devedor puder cumprir a prestação de mais de um modo” – CPC, art. 288), a antecipação da tutela terá um requisito próprio. Não bastará que o pedido seja incontroverso. Exigir-se-á “incontrovérsia” também sobre o incidente de escolha e a prestação escolhida. Em outras palavras, a antecipação supõe prévia identificação da prestação a ser cumprida. Ora, cabendo a escolha ao devedor, não se poderá antecipar a tutela senão depois que o juiz lhe assegurar “o direito de cumprir a prestação de um ou de outro modo” (CPC, 288, § único).

Se o pedido for sucessivo (ou, conforme diz a lei, “em ordem sucessiva, a fim de que o juiz conheça do posterior, em não podendo acolher o anterior” – CPC, art. 289), só fará

sentido antecipar os efeitos da tutela relativa ao pedido principal. Sendo este controvertido, não será logicamente sustentável, em princípio, a antecipação dos efeitos do pedido acessório, ainda que incontroverso, a não ser que se tratem de efeitos idênticos aos que decorrem do pedido principal.

5. Natureza e regime procedimental

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

Sendo assim, também aqui, como nas demais hipóteses de antecipação da tutela, o que se outorga antecipadamente é a eficácia social da futura sentença de procedência, não a jurídico-formal. Em outras palavras: não se condena por antecipação, nem se declara e nem se constitui ou desconstitui. O que se faz, simplesmente, é adiantar os efeitos executivos que poderão decorrer da futura sentença definitiva condenatória, declaratória, constitutiva ou desconstitutiva. Efeitos executivos, entenda-se bem, considerados no sentido amplo: são os efeitos que se passam, não no mundo dos pensamentos, mas no plano da realidade, a saber, os que se destinam ou têm aptidão para produzir ou induzir a manutenção ou a modificação do estado de fato.

Assim considerada a natureza da tutela antecipada em face de pedido incontroverso, a ela se aplica, em princípio, o regime geral das demais hipóteses de antecipação previstas no art. 273 do CPC: (a) depende de “requerimento da parte” (*caput*), (b) a decisão do juiz deve ser fundamentada “de modo claro e preciso” (§ 1º), e (c) “poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo” (§ 4º), eis que (d) terá caráter provisório até a sobrevinda do “final julgamento” do processo (§ 5º). Sua outorga poderá ocorrer a qualquer tempo, no curso do

processo, a partir do momento em que ficarem configurados os requisitos, mormente o da “incontrovérsia”, somente verificável a partir da contestação.

Dois aspectos, todavia, merecem trato destacado: o que diz respeito à proibição de deferir antecipação “quando houver perigo de irreversibilidade do provimento” (§ 2º) e o que trata da “efetivação da tutela antecipada” (§ 3º). Relativamente a tais pontos, é indispensável considerar a natureza especial da tutela prevista no § 6º, notadamente o elevado grau de verossimilhança do direito que lhe serve de pressuposto.

Realmente, se a antecipação está ocorrendo justamente em face da inexistência de controvérsia sobre o pedido, é natural que, nesses casos, haja uma interpretação mitigada da proibição estabelecida pelo § 2º. O eventual risco de irreversibilidade poderá ser contornado da mesma forma como o seria em caso de execução provisória da sentença definitiva que tivesse outorgado a mesma tutela: condicionando o seu cumprimento à outorga de “caução idônea” a ser prestada “nos próprios autos” (CPC, art. 588, II).

E, no que se refere à efetivação da medida, considerando que não se faz presente nenhuma situação de urgência, não há porque adotar regime diferente do que seria adotado em caso de execução provisória da correspondente sentença de procedência. Assim, em se tratando de antecipação de prestação fazer, não fazer ou entregar coisa, o cumprimento da medida se dará com observância do procedimento e com a adoção dos meios executivos previstos no art. 461 do CPC; e, em se tratando de prestação de pagar quantia, adotar-se-á o rito da execução provisória, disciplinado no art. 588, antecedido, se for o caso, de procedimento de liquidação. Para tais efeitos, a decisão interlocutória que deferiu a medida servirá como título executivo.

6. Conclusões

Estas são, em resumo, as principais considerações a respeito da antecipação da tutela prevista no § 6º do art. 273 do CPC:



- a) havendo, no curso da demanda, um pedido (ou uma parte) “controversa” e outra “incontroversa”, é permitida a antecipação dos efeitos executivos da tutela decorrente (a) do pedido incontroverso, ou (b) da parte incontroversa de um pedido;
- b) é espécie de antecipação que representa uma ação afirmativa do legislador em benefício do princípio constitucional da efetividade do processo;
- c) considera-se “incontroverso” para fins de antecipação, o pedido (ou a parcela dele) indiscutível, ou seja, (a) não controvertido seriamente pelas partes, (b) verossímil na visão do juiz e (c) cujo atendimento não está subordinado a qualquer questão prejudicial;
- d) em caso de cumulação de pedidos a antecipação se dará em relação aos efeitos de um ou mais dos pedidos incontroversos cumulados, ou de parcela deles; e, em se tratando de pedido único, da parcela incontroversa que for, juridicamente e materialmente, suscetível de divisão.
- e) se o pedido for alternativo, a antecipação supõe prévia identificação da prestação a ser cumprida; cabendo a escolha ao devedor, não se poderá antecipar a tutela senão depois que o juiz lhe assegurar a oportunidade de escolher a prestação;
- f) se o pedido for sucessivo, a antecipação será dos efeitos do pedido principal; sendo esse controverso, os do pedido acessório, incontroverso, somente poderão ser antecipados quando forem efeitos idênticos aos que decorrem do pedido principal;
- g) à tutela antecipada em face de pedido incontroverso se aplica, em princípio, o regime geral das demais hipóteses de antecipação previstas no art. 273 do CPC: depende de requerimento, a decisão do juiz deve ser fundamentada e poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, mantendo caráter provisório até a sobrevinda da sentença final;
- h) por se tratar de antecipação em face da inexistência de controvérsia sobre o pedido, o eventual perigo de irreversibilidade poderá ser contornado mediante exigência de caução idônea, como ocorre na execução provisória da sentença;
- i) no que se refere à efetivação da medida, o regime a ser adotado será o mesmo da execução provisória da correspondente sentença de procedência: em se tratando de antecipação de prestação fazer, não fazer ou entregar coisa, o procedimento e os meios executivos previstos no art. 461 do CPC; e, em se tratando de prestação de pagar quantia,



o da execução provisória disciplinado no art. 588, antecedido, se for o caso, de liquidação, caso em que a decisão interlocutória que deferiu a medida servirá como título executivo.