

A GARANTIA CONSTITUCIONAL DO CONTRADITÓRIO E AS PRESUNÇÕES CONTIDAS NO § 6º, DO ART. 273, DO CPC

THE CONSTITUTIONAL GUARANTEE OF CONTRADICTORY AND PRESUMPTIONS CONTAINED IN § 6º, THE ART. 273, OF CPC

Darci Guimarães Ribeiro*

RESUMO

A antecipação do pedido incontroverso da demanda, contido no § 6º, do art. 273, do CPC, encontra alicerce no postulado da efetividade na prestação jurisdicional. O objetivo é evitar que o tempo comprometa a frutuosidade da decisão final, decorrente de uma tutela intempestiva ou incapaz de viabilizar, no plano do direito processual, a tutela pretendida pelo direito material. Afigura-se plenamente compreensível antecipar os efeitos da tutela final no tocante àquela parte que já se mostra, desde o início, incontroversa. Essa decisão antecipatória do juiz que, dentre outras, tem a tarefa de equilibrar a distribuição do ônus do processo, poderá caracterizar decisão interlocutória ou sentença parcial de mérito. Não obstante a existência de fundamentos que deem suporte à concessão dessa espécie de tutela urgente, haverão de ser sopesadas a garantia constitucional do contraditório, bem como as presunções contidas no dispositivo em análise. Concernente ao exercício da *litis contestatio*, haja vista que decorre do princípio do contraditório, deverá ser efetivado, mormente porque tal princípio não contempla exceções. Entretanto, caso a parte contrária não o exercite, ter-se-á caracterizada a incontrovérsia de parte da demanda, não sendo esse o único fator que viabilize a concessão da tutela urgente. Ficará a cargo do juiz, por conseguinte, analisar a idoneidade dos fatos deduzidos pelo autor.

Palavras-chave: Efetividade; Contraditório; Incontroverso; Presunções; Tutela antecipada.

* Doutor em Direito pela Universitat de Barcelona. Especialista e Mestre pela PUC/RS. Professor Titular de Direito Processo Civil da PUC/RS e do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos. Correspondência para / *Correspondence to:* Av. Unisinos, 950 – Cristo Rei – 93022000 – Sao Leopoldo-RS – Brasil. E-mail: darci.guimaraes@terra.com.br.

ABSTRACT

Anticipating the application of undisputed demand, contained in Paragraph 6 of art. 273, CPC is the core premise of the effectiveness in providing court. The objective is to avoid the time compromising the fruitful of the final decision, due to a guardianship or unintended unable to make in terms of procedural law, the authority sought by the right material. It is understood fully anticipate the effects of final authority concerning that part which is already shown from the beginning, uncontroversial. This anticipatory decision of the judge that, among others, has the task of balancing the distribution of the burden of the process, it can characterize decision is interlocutory or partial award of merit. Although the existence of grounds that support the granting of that kind of urgent protection, will be balancing the constitutional guarantee of the process, and the assumptions contained in the device in question. Concerning the exercise of *litis contestatio*, given that it follows from the principle of contradiction, to be effective, especially because it does not include exceptions. However, if the party does not exercise, have been characterized to be uncontroversial part of the demand, which is not the only factor which makes the granting of urgent protection. Will be the responsibility of the judge, therefore, examine the suitability of the facts derived by the author.

Keywords: Effectiveness; Contradictory; Uncontroversial; Assumptions; Early tutelage.

INTRODUÇÃO

O presente ensaio visa analisar a antecipação do pedido incontroverso contido no § 6º, do art. 273, do CPC, na perspectiva do princípio constitucional do contraditório, que, em face das várias modalidades processuais ensejadoras da incontrovérsia, pode gerar diversos tipos de presunções e, de acordo com sua natureza, possibilitar ao juiz antecipar o pedido incontroverso a título de decisão interlocutória ou sentença parcial de mérito.

OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA EFETIVIDADE E DO CONTRADITÓRIO

A questão de fundo que se apresenta para o debate reside na natureza da decisão que possibilita a antecipação do pedido incontroverso. Inicialmente cumpre destacar que esta questão está inegavelmente ligada à ideia de tempo do processo, que por razões metodológicas não poderei aprofundar¹. O tempo sempre

¹ Nessa ordem de ideias é conveniente destacar as palavras de Denti, para quem “la durata del processo rappresenta de per se stessa un fatto che può arrecare pregiudizio alla parte che ha ragione, poiché la sentenza che definisce il diudizio può operare su una situazione che nel frattempo si è modificata parte (...)” (DENTI, Vittorio. *La giustizia civile. Lezioni introduttive*. Bologna: Il Mulino, 1989. p. 128 e 129). A esse respeito merecem aprovação as diversas relações havidas entre tempo e processo muito bem expostas por Cruz e Tucci, em seu livro *Tempo e processo*. São Paulo: RT, 1997.

foi considerado um ônus que as partes devem suportar, porém o grande desafio está em distribuir esse ônus entre as partes. Sabiamente Carnelutti afirmou que “el valor que el tiempo tiene en el proceso es inmenso y, en gran parte desconocido”, pois “el hecho, en último análisis, no es otra cosa que tiempo, precisamente porque el tiempo, a su vez, en último análisis, no es sino cambio. Por tanto, que el juez opere sobre el hecho, quiere decir que opera sobre el tiempo”². Cumpre ainda destacar as proféticas palavras de Nicolò Trocker, para quem: “a justiça realizada morosamente é sobretudo um grave mal social; provoca danos econômicos (imobilizando bens e capitais), favorece a especulação e a insolvência, acentua a discriminação entre os que têm a possibilidade de esperar e aqueles que, esperando, tudo têm a perder. Um processo que perdura por longo tempo transforma-se também num cómodo instrumento de ameaça e pressão, uma arma formidável nas mãos dos mais fortes para ditar ao adversário as condições da rendição”³.

Não se pode negar que modernamente o juiz é considerado um administrador, um gestor do tempo mais do que um conhecedor do direito, pois sua função precípua no processo é retirar o ônus do tempo de quem não pode suportar e transferi-lo para aquele que pode arcar.

Para complicar ainda mais esta árdua tarefa para a doutrina, a Emenda Constitucional n. 45/2004 criou o direito fundamental à razoável duração do processo e aos meios que garantam a sua celeridade, acrescentando o inc. LXXVIII, ao art. 5º, da CF⁴. Reza o citado inciso que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade

² CARNELUTTI, Francesco. *Derecho y proceso*. Tradução de Santiago Santis Melendo. Buenos Aires: Ejea, 1971, n. 232, p. 411-412. De aí concluir o autor que as exigências que se colocam ao juiz em ordem de tempo são três: “detenerlo, retroceder, acelerar su curso”, p. 412.

³ TROCKER, Nicolò. *Proceso civile e costituzione*. Milano: Giuffrè, 1974. p. 276-277.

⁴ A doutrina sobre o tema é bastante profícua, cabendo destacar no Brasil, entre outros, MOREIRA, José Carlos Barbosa. O futuro da justiça: alguns mitos. In: *Temas de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2004. 8ª série. p. 1 a 13; Efetividade do processo e técnica processual. In: *Temas de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1997. 6ª série. p. 17 a 29; Notas sobre o problema da “efetividade” do processo. In: *Temas de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1984. 3ª série. p. 27 a 41; HOFFMAN, Paulo. *Razoável duração do processo*. São Paulo: Quartier Latin, 2006; NICOLITTI, André. *A duração razoável do processo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006; LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito ao processo penal no prazo razoável*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. No direito espanhol, vide, por todos: CHAMORRO BERNAL, Francisco. *La tutela judicial efectiva*. Barcelona: Bosch, 1994; MORENO CATENA, V. Sobre el contenido del derecho fundamental a la tutela efectiva. *Revista Poder Judicial*, n. 10, 1984. p. 41 a 46. No direito alemão, entre outros, GRUNSKY, W. Reflexiones sobre la eficacia del derecho procesal civil en Alemania. Tradução de Úrsula Vestweber. In: *Para um proceso civil eficaz*. Barcelona: UAB, 1982. p. 143 a 154. No direito francês, consultar especialmente: PERROT, Roger. La eficacia del proceso civil en Francia. Traduzido de Manuel J. Cachón Cadenas. In: *Para um proceso civil eficaz*. Barcelona: UAB, 1982. p. 181 a 202 e, mais recente, MAGENDIE, Jean-Claude. *Célérité et qualité de la justice. La gestion du temps dans le procès*. Paris: La Documentation Française, 2004.

de sua tramitação”⁵. Não obstante a atual previsão constitucional da “razoável duração do processo”, já era permitido sustentar, com anterioridade, esta possibilidade, por meio do § 2º, do art. 5º, da Constituição Federal, que possibilitava à parte alegar em seu benefício a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de que o Brasil é signatário, pelo art. 8.1, que prevê o direito de a parte ser ouvida dentro de um prazo razoável⁶.

Não se pode negar que esse princípio constitucional tem sido forçosamente imposto pela realidade que urge por uma maior efetividade na prestação jurisdicional⁷, já que o Estado, ao monopolizar a jurisdição, não se comprometeu a prestar qualquer tipo de tutela jurisdicional, senão uma tutela jurisdicional efetiva, adequada ao direito material postulado em juízo⁸.

Em contrapartida, o princípio constitucional do contraditório tem insistentemente cedido lugar a esta nova exigência legal⁹. Cumpre aqui estabelecer certos limites entre esses dois princípios constitucionais. Para tanto, devemos esboçar

⁵ Sobre esse princípio consultar o que escrevi em “A garantia constitucional do postulado da efetividade desde o prisma das sentenças mandamentais”. In: COPETTI, André; STRECK, Lenio L.; ROCHA, Leonel S. (Coord.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 59-61. Também publicado no livro *Direito processual civil: as reformas e questões atuais do direito processual civil*. ARAKEN DE ASSIS; MADEIRA, Luís Gustavo Andrade (Coord.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 139-141.

⁶ Dispõe o art. 8.1 dessa Convenção que: “Toda pessoa tem direito a 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 para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza”. Essa possibilidade já foi por mim defendida quando escrevi, na década de 1990, “A instrumentalidade do processo e o princípio da verossimilhança como decorrência do *due process of law*”. *Revista de Jurisprudência Brasileira*, n. 173, p. 31 e 32; também publicado na *Revista Ajuris*, n. 60, p. 273-274. Sobre o tema, consultar: CRUZ E TUCCI. *Devido processo legal e tutela jurisdicional*. São Paulo: RT, 1993. p. 99 a 126.

⁷ Isso fica evidente quando nos deparamos com as obras dos processualistas mais renomados do país, entre os quais cabe citar José Roberto dos Santos Bedaque, em sua tese de titularidade na USP, *Efetividade do processo e técnica processual: tentativa de compatibilização*. São Paulo: Malheiros, 2006; MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: RT, 2004, especialmente, p. 165 a 247; OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva desde la perspectiva de los derechos fundamentales*. Palestra proferida no Congresso Iberoamericano, em 2008, gentilmente cedida pelo autor. E, em certo sentido: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

⁸ Sobre o monopólio da jurisdição e a prestação da tutela judicial efetiva, consultar o que escrevi em: RIBEIRO, Darci Guimarães. *La pretensión procesal y la tutela judicial efectiva*. Hacia una teoría procesal del derecho. Barcelona: Bosch, 2004, especialmente n. 7.1, p. 75-81.

⁹ A desvalorização do contraditório começa a partir do final do século XIX, segundo o valioso estudo de Nicola Picardi, realizado em “*Audiatur et altera pars*. As matrizes históricos-culturais do contraditório”. PICARDI, Nicola. *Audiatur et altera pars*. As matrizes históricos-culturais do contraditório. In: OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de (Coord.). *Jurisdição e processo*. Tradução de Luís Alberto Reichelt. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 137 a 140.

algumas noções básicas sobre esse princípio¹⁰ para posteriormente confrontá-lo com a efetividade.

Esse princípio também é conhecido como princípio da *bilateralidade da audiência*¹¹ ou, como dizem os alemães, *Waffengleichheit*¹², ou simplesmente *igualdade*¹³, traduzido no brocardo latino por *audiatur et altera pars*¹⁴. Ele é uma garantia fundamental da justiça, erigido em dogma constitucional na maioria dos países, e.g., na Itália, art. 24 da Costituzione della Repubblica¹⁵; na Espanha, art. 24 da Constitución Española; na Argentina, art. 18 da Constitución Nacional; no Brasil, encontra guarida no inc. LV, do art. 5º, da CF¹⁶.

O referido princípio caracteriza-se pelo fato de o juiz, tendo o dever de ser imparcial, não poder julgar a demanda sem que tenha ouvido autor e réu, ou seja, deverá conceder às partes a possibilidade de expor suas razões, mediante a prova e conforme o seu direito, pois, doutrina Chiovenda: “Como quem reclama justiça, devem as partes colocar-se no processo em absoluta paridade de condições”¹⁷. Isso traz como consequência necessária a igualdade de tratamento entre as partes, *em todo o curso do processo, não se limitando somente à formação da litis contestatio*¹⁸. É o que se depreende do *caput* do art. 5º da CF, bem como do inc. I do art. 125 do CPC. Mas essa igualdade entre as partes, no dizer de Couture, “no es una igualdad numérica, sino una razonable igualdad de posibilidades en el ejercicio de la acción y de la defensa”¹⁹.

¹⁰ Para aprofundar o tema do contraditório, consultar o que escrevi: *Provas atípicas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, n. 1.2.3, p. 30-35.

¹¹ MILLAR, Robert Wyness. *Los principios formativos del procedimiento civil*. Tradução de Catalina Grossmann. Buenos Aires: Ediar, 1945. p. 47.

¹² Apud NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. São Paulo, RT, n. 22, p. 136, 1992.

¹³ COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del derecho procesal civil*. Buenos Aires: Depalma, 1988. p. 183.

¹⁴ O contraditório é tão importante que os próprios gregos sobre ele se manifestaram, conforme esclarece PICARDI, 2008, p. 130-131.

¹⁵ O próprio *Codice di procedura civile italiano*, no seu art. 101, define o princípio do contraditório, quando diz expressamente: “Il giudice, salvo che la legge disponga altrimenti (p. c. 633, 697, 700, 703, 712), non può statuire sopra alcuna domanda, se la parte contro la quale è proposta non è stata regolarmente citata (p. c. 164) e non è comparsa (p. c. 181, 291)”. Esse princípio é tão influente na legislação italiana que, no processo de execução forçada, o juiz da execução, regra geral, não pode emanar nenhuma medida judicial sem ouvir as partes, e.g., arts. 530, 552, 569, 590, 596, 600, 612 e 624.

¹⁶ “Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

¹⁷ CHIOVENDA. *Instituições de direito processual civil*. Tradução de J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1969. 1º v., n. 29, p. 100.

¹⁸ Nesse sentido: PEYRANO, Jorge Walter. *El proceso civil*. Buenos Aires: Ástrea, 1978. p. 146; EISNER, Isidoro. *Princípios procesales*. *Revista de Estudios Procesales*, Buenos Aires, n. 4, p. 53.

¹⁹ MILLAR, 1945, n. 116, p. 185.

Apesar de certos princípios constitucionais processuais poderem, em certas circunstâncias, admitir exceções, o do contraditório é absoluto, não admite exceção, devendo sempre ser respeitado, sob pena de nulidade do processo. Por ser inseparável da administração da justiça, constitucionalmente organizada, Winess Millar considera esse princípio como “el más destacado de los principios cuestionados”²⁰, enquanto Calamandrei o define como “o mais precioso e típico do processo moderno”²¹.

A partir da metade do século XX, o princípio do contraditório voltou a ser revalorizado, especialmente por meio de Carnelutti²², Satta²³ e Fazzalari²⁴, na medida em que ficou evidenciado, ainda mais, o caráter dialético, dialógico do processo, numa relação simbiótica entre partes e juiz. Desde esta perspectiva, pois, é oportuno destacar a acertada advertência realizada por Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, segundo a qual o contraditório é “um poderoso fator de contenção do arbítrio do juiz”²⁵.

O núcleo inicial da garantia constitucional do contraditório reside no direito de defesa, previsto conjuntamente no inc. LV, do art. 5º, da CF. Esse princípio, juntamente com o direito de defesa, é tão importante que o constituinte considerou-o direito fundamental não só aos litigantes em processo judicial, mas também administrativo, amplificando, ainda mais, a qualquer acusado em geral. A amplitude desta garantia constitucional é inegável e inquestionável na ordem jurídica.

Por derradeiro, podemos concretamente afirmar que o juízo se constitui no momento fundamental do processo, enquanto o contraditório se constitui no momento fundamental do juízo²⁶.

Com isso, as regras da Tutela Antecipada, contemplada no art. 273 do CPC, e, em especial a do § 6º, devem ser interpretadas tomando-se por base, de um lado, o direito fundamental ao processo dentro de um prazo razoável e, de outro, o direito fundamental ao contraditório e ao direito de defesa. Desse modo, qualquer interpretação autêntica e séria sobre a antecipação do pedido incontroverso da

²⁰ MILLAR, 1945, p. 47.

²¹ CALAMANDREI, Pietro. Processo e democrazia. In: *Opere giuridiche*. Napoli: Morano, 1965. V. I, p. 681.

²² CARNELUTTI, Francesco. Torniamo al “giudizio”. *Rivista di Diritto Processuale Civile*, 1949. p. 168 e ss.

²³ Para quem o processo “não é outra coisa além de juízo e formação do juízo” (SATTA, Salvatore. “Il mistero del processo”. *Rivista di Diritto Processuale Civile*, 1949, p. 281).

²⁴ FAZZALARI. Diffusione del processo e compiti della doctrina. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1958, p. 861 e ss. É deste autor a ideia, hoje bastante difundida, de que o processo nada mais é do que o procedimento em contraditório.

²⁵ OLIVEIRA, 2009, p. 133.

²⁶ Nesse sentido, NICOLA PICARDI, 2008, p. 141 e 143.

demanda deve ser analisada evidentemente com base nesses dois direitos fundamentais aparentemente antagônicos.

O SURGIMENTO DO § 6º, DO ART. 273, DO CPC

Modernamente ninguém mais pode negar o acertado da profética frase esculpida pelo gênio de Chiovenda, segundo a qual “el proceso debe dar en cuanto es posible practicamente a quien tiene un derecho todo aquello y precisamente aquello que él tiene derecho a conseguir”²⁷. Isto é, o processo não pode prejudicar o autor que tem razão.

A ideia de que o autor deve esperar ao final do processo para ver realizado seu direito está baseada na necessidade que ele tem de demonstrar ao juiz a veracidade das suas afirmações, posto que seu alegado direito encontre no direito de defesa do réu sua antítese, vale dizer, a tese sustentada pelo autor encontra resistência na defesa do réu, gerando, assim, no juiz, a dúvida. Se, diante da inexistência de dúvida na cabeça do julgador, porque sobre as alegações do autor não há controvérsia em face da ausência de oposição do réu, nada justifica *a priori* que, diante da incontrovérsia de um pedido do autor, este deva aguardar até o final do processo para ver realizado seu direito²⁸. Em resumo, se é possível antecipar a tutela para o autor com base na verossimilhança de sua alegação, em que pese a controvérsia, quanto mais nas hipóteses em que não há controvérsia sobre o direito alegado pelo autor²⁹. Essa hipótese pode ser encontrada, também, no § 1º, do art. 899, do CPC³⁰.

²⁷ CHIOVENDA. De la acción nacida del contrato preliminar. In: *Ensayos de derecho procesal civil*. Tradução de Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ejea, 1949. V. I, p. 214. Esse postulado também está descrito nas *Istituzioni di diritto processuale civile*. Napoli: Eugenio Jovene, 1960, v. I, n. 12, p. 40. Nessa mesma ordem de ideias, Dinamarco, para quem “A força das tendências metodológicas do direito processual civil na atualidade dirige-se com grande intensidade para a efetividade do processo, a qual constitui expressão resumida da ideia de que o processo deve ser apto a cumprir integralmente toda a sua função sócio-político-jurídica, atingindo em toda a plenitude todos os seus escopos institucionais” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 330-331).

²⁸ Em igual sentido Marinoni, quando assevera que “(...) o autor tem o direito de obter a tutela do direito material quando esse se torna incontroverso, ainda que o processo deva continuar (art. 273, § 6º). Não há lógica em obrigar o autor a esperar para obter a tutela do direito que se tornou incontroverso no curso do processo apenas porque deve ser produzida prova para esclarecer a outra parcela da demanda” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Abuso de defesa e parte incontroversa da demanda*. São Paulo: Saraiva: RT, 2007. p. 37).

²⁹ Assim, entre outros: WINTER, Eduardo da Silva. *Medidas cautelares e antecipação de tutela*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2007. p. 27-28.

³⁰ Reza o citado parágrafo que: “Alegada a insuficiência do depósito, poderá o réu levantar, desde logo, a quantia ou a coisa depositada, com a consequente liberação parcial do autor, prosseguindo o processo quanto à parcela controvertida”.

Seguramente se pode afirmar, de um lado, que o excesso de tempo na realização da prestação jurisdicional traduz-se em verdadeira sonegação de justiça, como muito bem destacou Rui Barbosa, ao dizer que “justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta”³¹. Mas também é verdade que a prestação jurisdicional apressada pode, em muitos casos, significar verdadeira injustiça, pois, como bem adverte Miguel Reale, “não há nada pior que a injustiça célere, que é a pior forma de denegação de justiça”³².

Estas são as razões pelas quais o legislador infraconstitucional resolveu insculpir no § 6º, do art. 273, do CPC, que “A tutela antecipada também poderá ser concedida quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso”.

AS PRESUNÇÕES NO DIREITO BRASILEIRO

As formas de raciocínio que o homem faz, e em especial o juiz, baseiam-se muito nas presunções, razão pela qual essa modalidade de prova indireta do conhecimento é, segundo Malatesta, “el triunfo de la inteligencia humana sobre la oscuridad que la circunda”³³.

O art. 334, inc. IV, do CPC, informa que: “Não dependem de prova os fatos: (...) IV – em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade”; para saber se as presunções independem de prova ou não, é necessário saber primeiro quais são os elementos que compõem a presunção, para, então, saber se necessitam de prova ou não.

Segundo esclarece Couture, “una presunción supone el concurso de tres circunstancias: un hecho conocido, un hecho desconocido y una relación de causalidad. Lo que en realidad queda fuera del campo del objeto de la prueba son los dos últimos de esos elementos: el hecho desconocido y la relación de causalidad. Pero nada sustrae de la actividad probatoria la demostración del hecho en que la presunción debe apoyarse”³⁴, ou seja, nenhuma presunção está livre da prova do fato conhecido³⁵, pois, para que a parte se beneficie da presunção invocada, necessário se faz demonstrar a base em cima da qual ela vigora. O que efetivamente fica fora do campo da

³¹ BARBOSA, Rui. *Oração aos moços*. Rio de Janeiro: Edições de Ouro, MCMLXVI, p. 105.

³² REALE, Miguel. Valores fundamentais da reforma do judiciário. *Revista do Advogado*, São Paulo, v. 24, n. 75, p. 78, abr. 2004.

³³ MALATESTA, Nicola Framarino. *Lógica de las pruebas en materia criminal*. Buenos Aires: Gen. Lavalle, 1945, p. 150. Sobre o tema consultar o que escrevi: RIBEIRO, 1998, p. 99-104.

³⁴ COUTURE, 1988, n. 147, p. 228.

³⁵ A legislação argentina, no art. 163, § 5º, do *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, prevê que “Las presunciones no establecidas por ley constituirán prueba cuando se funden en hechos reales y probados y cuando por su número, precisión, gravedad y concordancia, produjeren convicción según la naturaleza del juicio, de conformidad con las reglas de la sana crítica” (grifo nosso). Isso significa dizer, segundo o direito argentino, que as presunções necessitam ser provadas.

prova é a relação de causalidade e o fato desconhecido, mas não o fato conhecido³⁶. Por isso, a redação contida no inc. IV, do art. 334, do CPC está absolutamente correta, pois o que está dispensado da prova é exatamente o fato “*em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade*”, e esse fato é o fato desconhecido, posto que é em favor dele que a presunção legal de existência ou de veracidade milita e não sobre o fato conhecido. Esta é a razão pela qual muitos doutrinadores entendem, equivocadamente, que a presunção não depende de prova³⁷.

Por presunção entendemos “a dedução que identifica o fato desconhecido, a partir do fato conhecido”³⁸.

Nas *praesumptiones iuris*³⁹, o raciocínio dedutivo é feito pelo legislador. Encontram-se estabelecidas na lei, e quem as tem em seu favor, segundo o inc. IV, do art. 334, do CPC, está dispensado do ônus da prova do fato desconhecido. Essas, por sua vez, se dividem em *iuris et de iure* (também chamadas *absolutas* ou *peremptórias*)⁴⁰ e *iuris tantum* (também chamadas *relativas*), que se divide em simples (*de contraprova livre*) e mista (*de contraprova vinculada*).

As presunções *iuris et de iure* apresentam como características, mesmo sendo raras: a) não admitem provas em contrário⁴¹; b) não permitem ao juiz convencer-se

³⁶ Assim se expressava, também, Bonnier, já no início do século passado, para quem o Código Civil francês, no seu art. 1.352, era nesse sentido. Segundo ele, “no es exacto decir que el que invoca una presunción legal no tiene nada que probar, porque es preciso que acredite que se halla en posesión de invocar la presunción de la Ley” (BONNIER, Eduardo. *Tratado de las pruebas en el derecho civil*. Madrid: Hijos de Reus, 1914. t. 2, n. 840, p. 462).

³⁷ Entre tantos autores, podemos citar: DOWER, Nelson. *Curso básico de direito processual civil*. São Paulo: Nelpa, 1997. v. 2, n. 48.4.2, p. 148; TUCCI, Rogério Lauria. *Curso de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1989. v. 2, p. 356.

³⁸ RIBEIRO, 1998, p. 101.

³⁹ Para identificar as razões pelas quais uma presunção é *iuris et de iure* ou *iuris tantum*, consultar o que escrevi: RIBEIRO, 1998, p. 101, nota 344.

⁴⁰ Sobre esse tipo de presunção consultar obrigatoriamente MALATESTA, 1945, 3ª Parte, Cap. IV, p. 222 e ss.

⁴¹ Nesse particular, convém destacar que a não admissão de provas em sentido contrário refere-se unicamente à impossibilidade de se atacar o fato desconhecido, não sendo lícito afirmar que a parte contrária esteja impossibilitada de atacar o fato conhecido, pois, em virtude do sagrado princípio do contraditório, a parte contrária poderá se valer de todo tipo de prova em direito admitido para desqualificar o fato conhecido em cima do qual se baseia a presunção. Exemplificando, o art. 163 do CC diz que: “Presumem-se fraudulentárias dos direitos dos outros credores as garantias de dívidas que o devedor insolvente tiver dado a algum credor”. Aqui temos como fato desconhecido, a fraude a credores, e, como fato conhecido, que necessita ser provado pelo credor, se da presunção ele quiser se beneficiar, *primeiro*, que o devedor é insolvente, porque se não for insolvente e o bem não estiver constrito, não há fraude; *segundo*, que tenha dado uma garantia de dívida a algum credor. Certamente o devedor, nesse caso, poderá produzir prova em sentido contrário aos fatos conhecidos dessa presunção, e, g., que ele, devedor, não é insolvente, na medida em que possui outros bens para garantir o crédito ou então que ele não deu nenhuma garantia a outro credor. Agora, uma vez comprovado pelo credor que o devedor é insolvente e que efetivamente deu uma garantia a outro credor, nenhuma outra prova poderá ser feita pelo

em sentido contrário; e c) limitam a liberdade do juiz na avaliação da prova⁴²; são delas os exemplos dos arts. 163; 174⁴³, e parágrafo único do art. 1.802⁴⁴, todos do CC, entre outros.

As presunções *iuris tantum* apresentam como características: a) admitem prova em contrário para quebrar a presunção de verdade (*praesumptio cedit veritati*); b) invertem o ônus da prova⁴⁵, não o eliminam, porque quem as tem em seu favor não precisam prová-las, mas quem quiser quebrá-las deverá fazer prova em sentido contrário. São delas os exemplos dos arts. 8^{o46}, 133⁴⁷; parágrafo único do art. 1.201⁴⁸; 1.203⁴⁹; 1.231⁵⁰; 324⁵¹, todos do CC, entre outros.

devedor para desconstituir o raciocínio presuntivo contido no fato desconhecido, qual seja, que ele, devedor, agiu em fraude a credores. Em sentido análogo, porém com argumentos distintos, Antunes Varela, Bezerra e Nora, quando afirmam que: “Se a parte contrária impugna a realidade do fato que serve de base à presunção, não é a presunção que ela ataca, mas a prova testemunhal, documental, pericial, etc., que convenceu o juiz da realidade desse fato” (VARELA, Antunes; BEZERRA, J. Miguel; SAMPAIO, Nora. *Manual de processo civil*. Coimbra: Coimbra Editora, 1985, n. 165, p. 504).

A impossibilidade de não admitir prova em contrário ao fato desconhecido é tão forte que, segundo Pontes de Miranda, “inclusive a notoriedade do fato não lhe pode ser oposta” (PONTES DE MIRANDA. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1979. t. 4, p. 355).

⁴² Nesse sentido: LOPES DA COSTA. *Direito processual civil brasileiro*. Rio de Janeiro: José Konfino, 1946. V. II, n. 411, p. 428.

⁴³ Reza este artigo: “É escusada a ratificação expressa, quando a obrigação já foi cumprida em parte pelo devedor, ciente do vício que a inquinava”. Mesmo aqui há necessidade de prova do fato conhecido, conforme acertada opinião de Maria Helena Diniz, ao comentar o antigo art. 150 do CC de 1916, para quem: “A prova da ratificação tácita competirá a quem a arguir”. *Código Civil anotado*. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 147.

⁴⁴ Esclarece o parágrafo único deste artigo que: “Presumem-se pessoas interpostas os ascendentes, os descendentes, os irmãos e o cônjuge ou companheiro do não legitimado a suceder”. Segundo Mauro Antonini, “A presunção de simulação é absoluta, não admitindo prova em contrário” (ANTONINI, Mauro. *Código Civil comentado*. In: PELUZO, Cezar (Coord.). São Paulo: Manole, 2008. p. 1962).

⁴⁵ Assim, entre outros, MICHELLI. *La carga de la prueba*. Colombia: Temis, 1989, n. 30, p. 177; LOPES DA COSTA, 1946, n. 411, p. 429; PONTES DE MIRANDA, 1979, p. 357. Diverge dessa possibilidade: LESSONA. *Teoria general de la prueba en el derecho civil*. Madrid: Reus, 1957. t. 1, n. 145, p. 182.

⁴⁶ Reza o artigo: “Se dois ou mais indivíduos falecerem na mesma ocasião, não se podendo averiguar se algum dos comorientes precedeu aos outros, presumir-se-ão simultaneamente mortos”.

⁴⁷ Determina o artigo: “Nos testamentos, presume-se o prazo em favor do herdeiro, e, nos contratos, em proveito do devedor, salvo, quanto a esses, se do teor do instrumento, ou das circunstâncias, resultar que se estabeleceu a benefício do credor, ou de ambos os contratantes”.

⁴⁸ Assim esclarece o parágrafo único do citado artigo: “O possuidor com justo título tem por si a presunção de boa-fé, salvo prova em contrário, ou quando a lei expressamente não admite esta presunção”.

⁴⁹ Diz o artigo: “Salvo prova em contrário, entende-se manter a posse o mesmo caráter com que foi adquirida”. Para Francisco Eduardo Loureiro, “A presunção, como se extrai do preceito, é relativa, comportando, portanto, prova em sentido contrário” (LOUREIRO, Francisco Eduardo. In: PELUSO, Ministro Cezar (Coord.). *Código Civil comentado*. 2. ed. Barueri: Manole, 2008. p. 1097).

⁵⁰ Assim expressa o artigo: “A propriedade presume-se plena e exclusiva, até prova em contrário”.

⁵¹ Reza o artigo: “A entrega do título ao devedor firma a presunção do pagamento”.

As presunções *relativas de contraprova vinculada* apresentam como característica admitir somente as provas previstas na lei; logo, se for apresentada a prova especial, a presunção estará quebrada; porém, se não for apresentada a prova especial, o juiz não poderá convencer-se em sentido contrário. Por conseguinte, limitar-se-á a liberdade do juiz na avaliação da prova. São delas os exemplos dos incs. I a V, do art. 1.597⁵², que têm como prova especial as hipóteses dos arts. 1.598⁵³ e 1.599, todos do CC.

Nas *praesumptiones hominis*⁵⁴, também conhecidas por *simples, comuns* ou *de homem*, e que para os criminalistas chamam-se *indícios* e, para os ingleses *circunstâncias*, o raciocínio dedutivo é feito pelo homem. Aqui, o legislador não quis legalmente presumir o fato desconhecido, deixando, em especial, ao juiz fazer o raciocínio necessário, a fim de chegar à descoberta do fato desconhecido, utilizando a experiência comum ou técnica, visando obter o convencimento necessário. Enquanto as presunções legais servem para dar segurança a determinadas situações de ordem social, política, familiar e patrimonial, as presunções feitas pelo homem-juiz cumprem uma função exclusivamente processual, porque estão diretamente ligadas ao princípio da persuasão racional da prova, contido no art. 131 do CPC. Tanto é verdade que, para Carlo Furno, “Il comportamento processuale delle parti si presenta così come fondamento di una “*praesumptio hominis*”⁵⁵. Os requisitos para sua aplicação são os mesmos da prova testemunhal⁵⁶. Seu campo de atuação é vastíssimo, tanto no processo civil quanto no processo penal, máxime para apreender os conceitos de simulação, dolo, fraude, má-fé, boa-fé, intenção de doar, pessoa honesta etc.

DAS FORMAS DE INCONTROVÉRSIA CONTIDAS NO PEDIDO INCONTROVERSO

Não irei analisar aqui o direito comparado, *e. g.*, art. 186-*bis* e art. 277, 2º, ambos do CPC italiano, nem mesmo os arts. 771 e 809 do CPC francês⁵⁷.

⁵² Diz o artigo: “Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: I – nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal; II – nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento; III – havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido; IV – havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga; V – havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido”.

⁵³ Sobre este artigo convém destacar o que diz Milton de Carvalho Filho: “Não se pode deixar de notar que o sistema de presunção não prevalecerá diante da prova técnica, que, nos tempos atuais, permite com segurança identificar a paternidade”. *Código Civil comentado*, ob. cit., p. 1686.

⁵⁴ Para um melhor aprofundamento, consultar: GORPHE. *La apreciación judicial de las pruebas*. Tradução de Delia García Daireaux. Buenos Aires: La Ley, 1967, Cap. IV, da 2ª parte, p. 261 e ss.

⁵⁵ FURNO, Carlo. *Contributo alla teoria della prova legale*. Padova: Cedam, 1940, n. 18, p. 69.

⁵⁶ Essa exigência surgiu no art. 188, do Reg. 737. O Código Civil atual prevê norma expressa a esse respeito, art. 230 (*As presunções, que não as legais, não se admitem nos casos em que a lei exclui a prova testemunhal*), da mesma forma que o Código Civil português, art. 351.

⁵⁷ Nesse particular, remeto o leitor ao excelente estudo realizado por Daniel Mitidiero: “Direito fundamental ao julgamento definitivo da parcela incontroversa: uma proposta de compreensão

De acordo com o que está estabelecido no § 6º, do art. 273, do CPC brasileiro: “A tutela antecipada também poderá ser concedida quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso”. O que pretendeu o legislador foi possibilitar a antecipação de um pedido incontroverso, quer esteja cumulado ou simplesmente parcela dele.

A primeira consequência que se pode extrair desse texto é que o pedido incontroverso engloba a incontroversia tanto das questões de fato quanto das questões de direito.

É cediço na doutrina que a parte autora tem o ônus de convencer o juiz sobre a necessidade de antecipar os efeitos da tutela, e, para tanto, deve deixar bem claro a ele, juiz, que o grau de convencimento para sua concessão não pode ser confundido com o grau de convencimento exigido para a sentença. Parafraseando Calamandrei, quando o mesmo discorreu sobre a essência da tutela cautelar⁵⁸, podemos dizer que a essência da tutela antecipatória é que ela representa uma conciliação entre as duas exigências, frequentemente opostas, de justiça: a celeridade e a segurança; entre fazer as coisas rápido, porém mal e, fazê-las bem, porém tarde, a antecipação de tutela tende, antes de tudo, a fazê-las rápido, deixando que o problema do bem ou do mal, isto é, da justiça intrínseca da decisão, se resolva mais tarde com a necessária ponderação nas repousadas formas de sentença.

142 A redação não impõe nenhuma restrição ao objeto da tutela antecipatória, como diversamente existe no direito italiano (somente soma de dinheiro), contemplando não apenas os casos de soma e entrega de coisas fungíveis, mas também de obrigações de fazer e não fazer, entregar coisa infungível e coisa imóvel.

O pedido incontroverso pode decorrer de inúmeras situações contidas dentro do processo, entre as quais cabe destacar: a) ausência de contestação; b) contestação evasiva; c) contestação genérica; d) fato confessado; e) reconhecimento jurídico do pedido; f) transação; g) comparece e não contesta; e, finalmente, h) aplicação da pena de confesso.

do art. 273, § 6º, na perspectiva do direito fundamental a um processo sem dilações indevidas (art. LXXVIII, CRFB)”. In: *Processo civil e estado constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 41 a 43, e MARINONI, 2007, p. 146 a 153.

⁵⁸ CALAMANDREI, Pietro. *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*. Tradução de Santiago Santis Melendo. Buenos Aires: Bibliográfica Argentina, 1945, n. 7, p. 43. Também parafraseando Carnelutti quando o mesmo acentua o caráter do processo cautelar (CARNELUTTI, 1971, n. 241, p. 425), diante da tutela antecipada o juiz quase sempre está diante da seguinte situação: entre o decidir rápido e o decidir bem, a tutela antecipatória prefere o rápido, até porque provisória, enquanto a sentença prefere o bem; a sentença aspira, enquanto a tutela antecipada renuncia à infalibilidade. O caminho da sentença se resume na investigação da “verdade”, que é uma fórmula bastante ambiciosa; a tutela antecipatória se contenta com a busca da “probabilidade”, que é uma fórmula muito mais modesta.

Em todas estas situações a antecipação do pedido incontroverso não se dá de imediato, devendo o juiz, por conseguinte, analisar, também, a idoneidade dos fatos deduzidos pelo autor, isto é, se daquele fato constitutivo do seu direito decorre a necessária consequência jurídica por ele pretendida⁵⁹.

Cumpra agora verificar, pormenorizadamente, cada uma das hipóteses que torna o pedido incontroverso.

PEDIDO INCONTROVERSO E PRESUNÇÕES RELATIVAS

Diante de um fato afirmado pelo autor, o réu pode não admiti-lo de três formas distintas: negando, o que torna o fato discutido; declarando que não sabe, o que torna o fato controvertido, e silenciando. No que se refere ao silêncio, devemos averiguar se o réu que silenciou tinha ou não o ônus de manifestar em sentido contrário. Se ele tinha o ônus de se manifestar em sentido contrário e silencia, esse fato se torna incontroverso, *v. g.*, *caput* do art. 302 do CPC, razão pela qual definimos fato incontroverso como “o silêncio de quem tinha o ônus de não silenciar”⁶⁰. Do contrário, se ele não tinha o ônus de se manifestar em sentido contrário, *e.g.*, nas hipóteses contidas nos inc. I a III, bem como do parágrafo único, do art. 302, do CPC, o seu silêncio faz com que o fato continue controvertido.

O silêncio de quem tem o ônus de se manifestar na contestação gera a revelia, art. 319, reputando-se verdadeiros os fatos afirmados pelo autor. Daí resulta se presumirem verdadeiros somente os *fatos*, mas não o direito ou as consequências jurídicas que a parte extrai desses e, como ninguém quer a antecipação dos fatos – como qualidade fenomênica, mas sim das consequências jurídicas que a parte extrai dos fatos, de nada adiantaria para a parte o juiz antecipar o *fato*, já que esse é irrelevante. O que a parte realmente quer é a antecipação da consequência jurídica pretendida, *v. g.*, no acidente de trânsito o fato foi a batida ocorrida no dia tal, entre nas ruas “X” e “Y” etc., e a consequência jurídica pretendida é o pagamento da soma em dinheiro decorrente da culpa. O que a parte efetivamente quer é a antecipação da soma em dinheiro decorrente da presunção de culpa pela não contestação.

Resta claro que quando o pedido ou um dos pedidos se torna incontroverso por ausência de contestação, quer tenha o réu comparecido ou não, de quem tem o ônus de se manifestar, é possível sobre ele a antecipação dos efeitos da tutela, na medida em que há uma presunção relativa de veracidade sobre as consequências jurídicas pretendidas pelo autor. Porém, essa presunção relativa, por certo, admite prova em sentido contrário, senão estaríamos diante de uma presunção absoluta. Em que pese o juiz poder antecipar os efeitos da tutela com base em fato

⁵⁹ Nesse diapasão: PISANI, Proto. *Lezioni di diritto processuale civile*. Napoli: Jovene, 1994. p. 636; MARINONI, 2007, p. 164-165.

⁶⁰ RIBEIRO, 1998, p. 88. Sobre fatos incontroversos consultar o que escrevi nas p. 87 a 89.

incontroverso, o réu poderá e, se quiser ganhar a causa, deverá produzir prova em sentido contrário à presunção relativa estabelecida. Nenhum juiz, nessa hipótese, poderá obstar o réu de produzir prova em sentido contrário a essa presunção. Não sendo isto admitido, estaríamos transformando uma presunção sabidamente relativa em absoluta, o que é inviável pelo ordenamento jurídico. O que está dispensado do ônus da prova é o fato constitutivo do direito do autor em cima do qual a presunção se apoia: ele, autor, não terá mais o ônus de provar esse fato constitutivo (art. 334, inc. III, do CPC), mas o réu, sim, terá o ônus de quebrar essa presunção, não podendo ser impedido pelo juiz, somente pela lei, *e. g.*, perda de prazo etc.⁶¹.

Cumprê destacar que o direito de defesa do réu, o seu direito ao contraditório, não se limita exclusivamente à fase inicial da resposta – contestação –, devendo ser estendido a todo o curso do processo, já que ele pode se defender utilizando todos os meios de prova em direito admitidos, inclusive trabalhar em cima da prova apresentada pelo autor.

Também gera presunção relativa baseada em fato incontroverso a contestação do réu realizada de forma evasiva ou genérica, já que essa contestação contraria literalmente o próprio art. 302 do CPC, que exige do réu uma manifestação “precisa sobre os fatos narrados na petição inicial”. Agora, o fato de o juiz antecipar o pedido incontroverso ao autor não significa que o réu esteja proibido de produzir prova em sentido contrário à presunção relativa estabelecida em favor do autor. Como analisamos anteriormente, o direito de defesa e a garantia constitucional do contraditório, aliados ao direito à prova, deve se estabelecer durante todo o curso do processo, permitindo ao réu se valer de todos os meios em direito admitidos para provar o seu direito, seja requerendo perícia, prova testemunhal, ou outra prova qualquer, inclusive se valendo da prova produzida pelo autor. Também aqui o convencimento do juiz sempre estará associado a uma alegação do autor que se tornou verossímil e não cabalmente certa, posto que essa certeza somente advirá depois de encerrada a instrução.

Outra hipótese que se revela no fato incontroverso é a aplicação da pena de confesso, estabelecida no § 1º, do art. 343, do CPC. Tecnicamente não poderíamos falar de uma pena de confissão, na medida em que a confissão exige, necessariamente, uma declaração por expresso do confitente, já que não se pode confessar pelo silêncio, porque isso caracteriza um fato incontroverso. Portanto, a parte que não comparece ao depoimento pessoal ou, comparecendo, injustificadamente deixa de responder, ser-lhe-á aplicada a presunção relativa de veracidade dos fatos afirmados pela parte contrária, mas jamais os fatos podem ser tidos como *confessados*. Essa diferença existe na própria lei, entre os incs. II e III, do art. 334, do CPC.

⁶¹ Em sentido contrário, Daniel Mitidiero, para quem “as alegações incontroversas independem de prova (art. 334)”. MITIDIERO, *op. cit.*, p. 44.

No que se refere aos fatos confessados, cumpre delinear o seguinte: “Somente é confissão o que se refere à afirmação da parte quanto ao que a outra tinha de afirmar e provar”⁶²; a contrário senso, se a outra parte não tinha o ônus de afirmar e provar, não pode ser confissão; não obstante o “*confitente*” afirme um fato desfavorável ao adversário, tal fato será favorável a si mesmo. A confissão exige, segundo Moacyr A. Santos, “uma declaração, não mera admissão”⁶³ sobre fatos disponíveis; é um *plus* a admissão, isto é, exige uma exteriorização do pensamento que pode ser oral ou escrita, e tem como natureza jurídica ser uma declaração de ciência ou conhecimento, constituindo um meio de prova. Sua natureza é de um ato jurídico *stricto sensu* e não um negócio jurídico, isto é, no momento em que à parte confessa é-lhe proibido preestabelecer efeitos, condições ou termo. Caso o réu confesse, certamente o juiz poderá antecipar o pedido que se torna incontroverso, mas essa antecipação não tem o condão de *a priori* dispensar os demais tipos de prova que eventualmente podem existir nos autos, até mesmo a prova pericial, haja vista a confissão ser um meio a mais de prova, inclusive o juiz “não está obrigado a julgar contra o confitente, segundo se depreende do art. 131 do CPC”⁶⁴. Em que pese o alto grau de convencimento produzido pela confissão no espírito do julgador, essa certeza jamais será absoluta a ponto de permitir um julgamento antecipado da lide, razão pela qual a presunção dela decorrente é relativa. Certamente que pode ser aplicada, aqui, a dispensa da prova testemunhal, segundo o inc. I, do art. 400, do CPC.

Nesse sentido, encontramos a jurisprudência maciça do Superior Tribunal de Justiça, ao afirmar que nas hipóteses da ausência de contestação, tenha ou não a parte comparecido em juízo, apresente contestação evasiva ou genérica, ou lhe seja aplicada a pena de confesso, a presunção daí decorrente é sempre “*iuris tantum*, que admite prova em contrário”⁶⁵, razão pela qual essa presunção não “dispensa o juiz de bem instruir o feito, julgando necessário”⁶⁶, nem tampouco “conduz à presunção de veracidade das alegações do direito do autor”⁶⁷.

Dentro de uma visão mais acertada da prova, não é correto afirmar que o fato incontroverso não faça parte do objeto da prova: ele necessariamente faz

⁶² PONTES DE MIRANDA, op. cit., p. 424.

⁶³ SANTOS, Moacyr A. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994, p. 102.

⁶⁴ Nesse sentido: ARAGÃO, Monis de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1987, n. 550, p. 563; em sentido contrário: FREDERICO MARQUES. *Manual de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1990. v. II, § 69, n. 469.

⁶⁵ STJ – 3ª T. – REsp n. 723.083-SP, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 09.08.2007, DJ 27.08.2007, p. 223.

⁶⁶ STJ – 4ª T. – REsp n. 94.193-SP, rel. Min. Cesar Asfor Rocha, j. 15.09.1998, DJ 03.11.1998, p. 140.

⁶⁷ STJ – 4ª T. – REsp n. 55, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 08.08.1989, DJ 06.11.1989, p. 16.689.

parte do objeto da prova em que pese não necessitar de prova. Não se deve confundir, como muitos autores desavisados o fazem, *objeto da prova* com *necessidade da prova* ou “*thema probandum*”. Enquanto o objeto da prova abrange qualquer fato que seja capaz de produzir no juiz um convencimento, a necessidade da prova está circunscrita àqueles fatos que dependem de prova no caso concreto. O primeiro é o gênero que abrange fatos controvertidos e incontrovertidos em geral, enquanto o segundo é espécie, já que se limita somente aos fatos controvertidos. Por isso, “ao falar de necessidade ou tema da prova, estamos selecionando os fatos que devem ser provados e que interessam para cada processo, atribuindo a cada parte o ônus da prova. E, quando nos referirmos ao objeto da prova, estamos apontando uma vastíssima e quase ilimitada possibilidade do que pode ser seu objeto”⁶⁸.

Por tudo isto, não podemos concordar com a redação contida no § 2º, do art. 277, do CPC, que permite ao juiz, diante da injustificada ausência do réu à audiência preliminar, proferir, desde logo, a sentença.

Por derradeiro, podemos concluir que nessas hipóteses a natureza da decisão que antecipa pedido incontrovertido do autor tem natureza provisória sobre a causa, baseada em cognição sumária, desafiada pelo recurso de agravo.

Vejamos algumas hipóteses de cabimento. Como exemplo podemos citar a situação bastante comum de um acidente de trânsito: o autor propõe uma demanda em que cumula danos materiais e morais causados em virtude de acidente de veículos:

- a) O réu contesta o dano material e se esquece de contestar o pedido de danos morais. Logo, cabe antecipação dos efeitos da tutela quanto aos danos morais, pela própria literalidade do § 6º, do art. 273, do CPC. Agora, essa antecipação implica a dispensa da prova testemunhal apresentada na inicial pelo autor, art. 276 do CPC, para comprovação dos danos morais? Entendo que não, pois, em que pese o fato constitutivo do direito do autor estar provado pela existência de uma presunção relativa de veracidade, o réu terá o direito de poder realizar prova em sentido contrário ao da presunção estabelecida em favor do autor, utilizando para isso, inclusive, a prova testemunhal que agora pertence ao juízo e somente poderá ser dispensada com o seu consentimento. Ninguém pode duvidar que o réu possa quebrar a presunção de veracidade da existência dos danos morais exatamente em cima das testemunhas apresentadas pelo próprio autor. Isto é algo bastante comum no dia a dia forense. Quantas vezes nós nos beneficiamos da prova apresentada pela parte contrária. Ao se admitir uma sentença parcial de mérito, nessa hipótese,

⁶⁸ RIBEIRO, 1998, n. 2.5, p. 75.

o réu jamais poderia quebrar a presunção que é relativa. O juiz estaria, com essa decisão, transformando uma presunção que é relativa em absoluta, o que é terminantemente proibido pela ordem jurídica.

- b) O réu que não contestou os danos morais poderá requerer prova pericial? Acredito sinceramente que sim, pelos mesmos motivos anteriormente apresentados, isto é, o fato de o réu não ter contestado um dos pedidos do autor gera para esse uma presunção relativa de veracidade quanto à existência dos danos morais, permitindo, assim, a antecipação dos efeitos da tutela. Mas os danos morais antecipados ao autor não o são de forma definitiva e sim provisória, e estão baseados em cognição sumária e não exauriente, razão pela qual o réu pode e deve quebrar a presunção relativa estabelecida em favor do autor por todos os meios de provas em direito admitidos, seja ela pericial, testemunhal (se ainda possível), pelo depoimento pessoal, inspeção judicial etc., do contrário haveria presunção absoluta.
- c) O fato de existir antecipação dos efeitos da tutela de pedido incontroverso ou de um dos pedidos incontroversos não significa que não haja necessidade de instrução probatória. Uma coisa não tem nada a ver com a outra. Mesmo quando ocorre antecipação dos efeitos da tutela de somente um dos pedidos, ambos necessitarão de instrução probatória com as seguintes peculiaridades: a instrução probatória existente no pedido incontroverso antecipado serve para que o réu possa quebrar a presunção relativa que milita em favor do autor e que, por essa razão, ele, autor, está com o bem da vida; enquanto a instrução probatória decorrente do pedido controvertido serve tanto para o autor quanto para o réu convencer o juiz sobre a veracidade de suas alegações e, assim, poder ganhar a causa, mas aqui o bem da vida estará com o réu, posto que ainda existe dúvida quanto à veracidade das alegações do autor, mantendo-se, assim, o *status quo*.

147

Essas soluções propostas não irão alterar nem o direito fundamental do autor em ver assegurado o seu direito dentro de um prazo razoável, como quer o inc. LXXVIII, do art. 5º, da CF, já que ele, autor, obteve a antecipação dos efeitos da tutela sobre o bem da vida pretendido, nem o direito fundamental de defesa do réu, como exige o inc. LV, do art. 5º, da CF, que, não obstante ter perdido o bem da vida para o autor, poderá durante a instrução probatória desconstituir a presunção relativa que milita em favor do autor.

PEDIDO INCONTROVERSO E PRESUNÇÕES ABSOLUTAS

Quando o autor alega determinado fato constitutivo de seu direito e o réu reconhece juridicamente o pedido do autor, não resta a menor dúvida de que a

decisão do juiz é uma sentença definitiva e está baseada em cognição exauriente, conforme determina o art. 269, inc. II, do CPC.

Em havendo reconhecimento jurídico do pedido realizado por pessoa capaz, o juiz está inegavelmente vinculado a ele, não podendo julgar a lide de modo diverso.

Nessa ordem de ideias é conveniente diferenciar o reconhecimento jurídico do pedido da confissão, pois “enquanto a confissão é ato jurídico ‘*stricto sensu*’, o reconhecimento é negócio jurídico processual, ou seja, a parte, além de aceitar os efeitos contidos na lei, pode escolher outros, desde que haja anuência do autor. A confissão pode emanar tanto do autor quanto do réu; já o reconhecimento é ato privativo do réu, segundo se depreende do inc. II do art. 269 do CPC. A confissão versa exclusivamente sobre fatos, enquanto o reconhecimento versa sobre consequências jurídicas pretendidas pelo autor. Havendo confissão, o processo continua, enquanto, havendo o reconhecimento total, o processo extingue-se com julgamento de mérito, art. 269, inc. II, do CPC (sentença homologatória); e, se for parcial o reconhecimento, não há a extinção. Na confissão, o juiz não está obrigado a julgar contra o confitente, segundo se depreende do art. 131 do CPC, ao passo que, no reconhecimento, o juiz, de regra (tendo em vista que só cabe reconhecimento quando se tratar de direitos disponíveis), deve julgar procedente a ação. A confissão é meio de prova, enquanto o reconhecimento não o é”⁶⁹.

148

De acordo com exemplo anterior, se o réu na contestação reconhece juridicamente o pedido de danos morais, certamente não haverá instrução probatória, porque agora não mais estamos diante de uma presunção relativa e sim de uma certeza absoluta, devendo o juiz, como determina o art. 269, inc. II, do CPC, proferir uma sentença, nesse caso, parcial de mérito, já que permanece controvertido o dano material.

Em igual sentido ocorre quando há transação sobre um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles. Aqui o juiz poderá antecipar de forma definitiva, em face da certeza absoluta existente, o pedido ou parcela dele que se tornou incontroverso. Essa antecipação também está baseada em cognição exauriente, e é antecipada na forma de sentença definitiva de mérito, que poderá ou não ser parcial, conforme art. 269, inc. III, do CPC.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A antecipação dos efeitos da tutela com base em fatos incontroversos, como ocorre na ausência de contestação, tenha o réu comparecido, ou não, nas contestações evasivas ou genéricas, na confissão e na aplicação da pena de confesso, se

⁶⁹ RIBEIRO, 1998, n. 2.5, p. 75.

dará por meio de uma *decisão interlocutória* que certamente poderá ser modificada ou revogada, como prevê o § 4º, do art. 273, do CPC, já que foi concedida com base em uma presunção relativa, baseada em cognição sumária, podendo futuramente a parte dela recorrer. Ao passo que a antecipação da tutela (e não antecipação dos efeitos da tutela), com base no reconhecimento jurídico do pedido e na transação, se dará por meio de uma *sentença*, podendo ser parcial de mérito quando o reconhecimento ou a transação também for parcial, isto é, reconhecer somente um dos pedidos cumulados ou parcela deles. Nessa hipótese, não existe a possibilidade dessa decisão (*rectius*, sentença) ser revogada ou modificada, como quer o § 4º, do art. 273, do CPC. Aqui cabe uma observação, pois se a antecipação da tutela se deu com base no reconhecimento jurídico do pedido do autor ou na transação, não cabe ao réu, nesse particular, interpor recurso de apelação, por absoluta falta de interesse recursal, pois quem reconhece juridicamente o pedido do autor, ou transaciona, produz uma causa impeditiva do direito de recorrer.

Para derradeiro, cumpre evidenciar que o reconhecimento jurídico do pedido e a transação geradora do julgamento antecipado do pedido cumulado podem ocorrer em qualquer tipo de pedido, seja ele declaratório, condenatório, constitutivo, executivo e mandamental; enquanto na hipótese anterior, antecipação dos efeitos da tutela com base em presunções relativas, essa antecipação só será permitida quando o pedido for condenatório, executivo ou mandamental.

REFERÊNCIAS

- ANTONINI, Mauro. *Código Civil comentado*. In: PELUZO, Cezar (Coord.). São Paulo: Manole, 2008.
- ARAGÃO, Monis de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1987, n. 550.
- BARBOSA, Rui. *Oração aos moços*. Rio de Janeiro: Edições de Ouro, MCMLXVI.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual: tentativa de compatibilização*. São Paulo: Malheiros, 2006.
- BONNIER, Eduardo. *Tratado de las pruebas en el derecho civil*. Madrid: Hijos de Reus, 1914. t. 2, n. 840.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 55. Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 08.08.1989, DJ06.11.1989.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 723.083-SP. Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 09.08.2007, DJ27.08.2007.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 94.193-SP. Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, j. 15.09.1998, DJ03.11.1998.
- CALAMANDREI, Pietro. *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*. Tradução de Santiago Santis Melendo. Buenos Aires: Bibliográfica Argentina, 1945, n. 7, p. 43.

CALAMANDREI, Pietro. Processo e democrazia. In: *Opere giuridiche*. Napoli: Morano, 1965. v. I.

CARNELUTTI, Francesco. *Derecho y proceso*. Tradução de Santiago Santis Melendo. Buenos Aires: Ejea, 1971, n. 232.

CARNELUTTI, Francesco. Torniamo al “giudizio”. *Rivista di Diritto Processuale Civile*, 1949.

CHAMORRO BERNAL, Francisco. *La tutela judicial efectiva*. Barcelona: Bosch, 1994.

CHIOVENDA. De la acción nacida del contrato preliminar. In: *Ensayos de derecho procesal civil*. Tradução de Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ejea, 1949. v. I.

CHIOVENDA. *Instituições de direito processual civil*. Tradução de J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1969. 1º v., n. 29.

CHIOVENDA. *Istituzioni di diritto processuale civile*. Napoli: Eugenio Jovene, 1960. v. I, n. 12.

COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del derecho procesal civil*. Buenos Aires: Depalma, 1988.

CRUZ E TUCCI. *Devido processo legal e tutela jurisdiccional*. São Paulo: RT, 1993.

CRUZ E TUCCI. *Tempo e processo*. São Paulo: RT, 1997.

DENTI, Vittorio. *La giustizia civile*. Lezioni introduttive. Bologna: Il Mulino, 1989.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. São Paulo: Saraiva, 1995.

DOWER, Nelson. *Curso básico de direito processual civil*. São Paulo: Nelpa, 1997. v. 2, n. 48.4.2.

EISNER, Isidoro. Principios procesales. *Revista de Estudios Procesales*, Buenos Aires, n. 4.

FAZZALARI. Diffusione del processo e compiti della doctrina. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1958.

FREDERICO MARQUES. *Manual de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1990. v. II, § 69, n. 469.

FURNO, Carlo. *Contributo alla teoria della prova legale*. Padova: Cedam, 1940, n. 18.

GORPHE. *La apreciación judicial de las pruebas*. Tradução de Delia Garcia Daireaux. Buenos Aires: La Ley, 1967. Cap. IV da 2ª parte.

GRUNSKY, W. Reflexiones sobre la eficacia del derecho procesal civil en Alemania. Tradução de Úrsula Vestweber. In: *Para um proceso civil eficaz*. Barcelona: UAB, 1982.

HOFFMAN, Paulo. *Razoável duração do processo*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

LESSONA. *Teoria general de la prueba en el derecho civil*. Madrid: Reus, 1957. t. 1, n. 145.

LOPES DA COSTA. *Direito processual civil brasileiro*. Rio de Janeiro: José Konfino, 1946. v. II, n. 411.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito ao processo penal no prazo razoável*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

- LOUREIRO, Francisco Eduardo. In: PELUSO, Ministro Cezar (Coord.). *Código Civil comentado*. 2. ed. Barueri: Manole, 2008.
- MAGENDIE, Jean-Claude. *Célérité et qualité de la justice*. La gestion du temps dans le procès. Paris: La Documentation Française, 2004.
- MALATESTA, Nicola Framarino. *Lógica de las pruebas en materia criminal*. Buenos Aires: Gen. Lavalle, 1945.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Abuso de defesa e parte incontroversa da demanda*. São Paulo: Saraiva: RT, 2007.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: RT, 2004.
- MICHELLI. *La carga de la prueba*. Colômbia: Temis, 1989.
- MILLAR, Robert Wyness. *Los principios formativos del procedimiento civil*. Tradução de Catalina Grossmann. Buenos Aires: Ediar, 1945.
- MITIDIERO, Daniel. Direito fundamental ao julgamento definitivo da parcela incontroversa: uma proposta de compreensão do art. 273, § 6º, na perspectiva do direito fundamental a um processo sem dilações indevidas (art. LXXVIII, CRFB). In: *Processo civil e estado constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. Efetividade do processo e técnica processual. In: *Temas de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1997. 6ª série.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. Notas sobre o problema da “efetividade” do processo. In: *Temas de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1984. 3ª série.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. O futuro da justiça: alguns mitos. In: *Temas de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2004. 8ª série.
- MORENO CATENA, V. Sobre el contenido del derecho fundamental a la tutela efectiva. *Revista Poder Judicial*, n. 10, 1984.
- NERY JUNIOR, Nelson. Princípios do processo civil na Constituição Federal. *RT*, São Paulo, n. 22, 1992.
- NICOLITT, André. *A duração razoável do processo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva desde la perspectiva de los derechos fundamentales*. Palestra proferida no Congresso Iberoamericano, em 2008.
- PERROT, Roger. La eficacia del proceso civil en Francia. Traduzido de Manuel J. Cachón Cadenas. In: *Para um proceso civil eficaz*. Barcelona: UAB, 1982.
- PEYRANO, Jorge Walter. *El proceso civil*. Buenos Aires: Ástrea, 1978.
- PICARDI, Nicola. *Audiatur et altera pars*. As matrizes históricos-culturais do contraditório. In: OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de (Coord.). *Jurisdição e processo*. Tradução de Luís Alberto Reichelt. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- PISANI, Proto. *Lezioni di diritto processuale civile*. Napoli: Jovene, 1994.
- PONTES DE MIRANDA. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1979. t. 4.

REALE, Miguel. Valores fundamentais da reforma do judiciário. *Revista do Advogado*, São Paulo, v. 24, n. 75, abr. 2004.

RIBEIRO, Darci Guimarães. A garantia constitucional do postulado da efetividade desde o prisma das sentenças mandamentais. In: COPETTI, André; STRECK, Lenio L.; ROCHA, Leonel S. (Coord.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

RIBEIRO, Darci Guimarães. A instrumentalidade do processo e o princípio da verossimilhança como decorrência do *due process of law*. *Revista de Jurisprudência Brasileira*, n. 173.

RIBEIRO, Darci Guimarães. *La pretensión procesal y la tutela judicial efectiva*. Hacia una teoría procesal del derecho. Barcelona: Bosch, 2004.

RIBEIRO, Darci Guimarães. *Provas atípicas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

SANTOS, Moacyr A. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

SATTA, Salvatore. Il mistero del processo. *Rivista di Diritto Processuale Civile*, 1949.

TROCKER, Nicolò. *Processo civile e costituzione*. Milano: Giuffrè, 1974.

TUCCI, Rogério Lauria. *Curso de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1989. v. 2.

VARELA, Antunes; BEZERRA, J. Miguel; SAMPAIO, Nora. *Manual de processo civil*. Coimbra: Coimbra Editora, 1985, n. 165.

WINTER, Eduardo da Silva. *Medidas cautelares e antecipação de tutela*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2007.