

LUIZ GUILHERME
MARINONI

TUTELA DE
URGÊNCIA
E
TUTELA DA
EVIDÊNCIA

SOLUÇÕES PROCESSUAIS DIANTE DO TEMPO DA JUSTIÇA

2ª edição
revista

THOMSON REUTERS
**REVISTA DOS
TRIBUNAIS™**

Diretora de Conteúdo e Operações Editoriais

JULIANA MAYUMI ONO

Editorial: Andréia Regina Schneider Nunes, Cristiane Gonzalez Basile de Faria, Diego Garcia Mendonça, Luciana Felix, Marcella Pâmela da Costa Silva e Thiago César Gonçalves de Souza

Analistas Editoriais: André Furtado de Oliveira e Karolina de Albuquerque Araújo

Assistente Editorial: Francisca Sena

Produção Editorial

Coordenação

IVIE A. M. LOUREIRO GOMES

Lider Técnica de Qualidade Editorial: Maria Angélica Leite

Analista de Projetos: Larissa Gonçalves de Moura

Analistas de Operações Editoriais: Damares Regina Felício, Danielle Castro de Moraes, Felipe Augusto da Costa Souza, Gabriele Lais Sant'Anna dos Santos, Maria Eduarda Silva Rocha, Mayara Macioni Pinto, Patrícia Melhado Navarra, Rafaella Araujo Akiyama e Thais Rodrigues Sampaio

Analistas de Qualidade Editorial: Carina Xavier, Daniela Medeiros Gonçalves Melo e Maria Cecilia Andreo

Estagiários: Angélica Andrade, Beatriz Brandão Belo Bicker, Miriam da Costa Leite, Nicolas Eugênio Almeida Bueno e Sthefany Moreira Barros

Capa: Chrisley Figueiredo

Adaptação da capa: Brenno Stolagii Teixeira

Controle de qualidade da diagramação: Carla Lemos

EQUIPE DE CONTEÚDO DIGITAL

Coordenação

Marcello Antonio Mastrorosa Pedro

Analistas: Ana Paula Cavalcanti, Jonatan Souza, Luciano Guimarães e Rafael Ribeiro

Administrativo e Produção Gráfica

Coordenação

MAURICIO ALVES MONTE

Analistas de Produção Gráfica: Aline Ferrarezi Regis e Rafael da Costa Brito

1120064

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Marinoni, Luiz Guilherme
Tutela de urgência e tutela de evidência / Luiz Guilherme Marinoni. -- 2. ed. rev.
-- São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2018.
Bibliografia.
ISBN 978-85-549-4794-1
1. Processo civil 2. Tutela de evidência 3. Tutela de urgência 4. Tutela provisória I.
Título.

18-14873

CDU-347.919.6

Índices para catálogo sistemático: 1. Tutelas : Direito processual civil 347.919.6 Cibele
Maria Dias - Bibliotecária - CRB-8/9427

SUMÁRIO

PARTE I

TÉCNICA PROCESSUAL E TUTELA DOS DIREITOS

1. Do processo neutro ao processo adequado à tutela dos direitos	21
2. O escopo de tutela dos direitos.....	22
3. Técnica processual e tutela dos direitos	28
4. A técnica da cognição e a construção de procedimentos diferenciados	29
4.1. A técnica da cognição parcial	30
4.2. A técnica da cognição sumária.....	33
4.3. A técnica da cognição exauriente <i>secundum eventum probationis</i>	35
4.4. A técnica da cognição exauriente enquanto não definitiva	38
4.5. A técnica da cognição exauriente por ficção legal conjugada com a técnica da cognição exauriente <i>secundum eventum defensionis</i>	39
4.6. A técnica dos títulos executivos extrajudiciais	40
5. Técnica antecipatória, tutela cautelar, tutela antecipada e tutela da evidência	41

PARTE II

TUTELA DE URGÊNCIA: CAUTELAR E ANTECIPADA

1. A evolução da tutela de urgência: da tutela de segurança à compreensão e ao delineamento das tutelas cautelar e antecipada	50
1.1. A tutela cautelar na origem do direito processual civil.....	50
1.2. A proibição dos juízos de verossimilhança no processo clássico	55
1.3. O problema da demora do processo e as novas situações jurídicas carentes de tutela.....	56

1.4.	A superação da regra da <i>nulla esecutio sine titulo</i> e o escopo de tutela dos direitos	63
1.5.	O motivo da introdução da tutela antecipada no Código de 1973	65
1.6.	As razões de Calamandrei e o apego irrefletido da doutrina	66
1.7.	A definição legislativa de tutela cautelar – art. 301, CPC	69
1.8.	A zona de penumbra no Código de 1973	70
1.9.	O significado de tutela cautelar e de tutela antecipada no Código de 2015	71
2.	Perfil da tutela cautelar	73
2.1.	Conceito	73
2.2.	Tutela assecuratória da tutela do direito material ou da situação jurídica tutelável	78
2.3.	Não satisfatividade	83
2.4.	Instrumentalidade	87
2.5.	Referibilidade	88
2.6.	Diferença entre cautelaridade e preventividade	89
3.	A tutela cautelar diante das tutelas contra o ilícito (inibitória e de remoção)	95
3.1.	A superação da confusão entre ilícito e dano e a identificação de tutelas jurisdicionais que têm como pressuposto apenas o ato contrário ao direito	95
3.2.	Tutelas contra o ilícito: tutela inibitória e tutela de remoção do ilícito	97
3.3.	Tutela inibitória e tutela cautelar	101
3.4.	Tutela de remoção do ilícito e tutela cautelar	107
4.	Da tutela antecipada	108
4.1.	Tutela antecipada ou tutela do direito mediante cognição sumária	108
4.2.	Tutela antecipada declaratória e constitutiva?	110
4.3.	Tutela antecipada de soma em dinheiro	115
4.4.	Irreversibilidade dos efeitos jurídicos da decisão	119
4.5.	A irreversibilidade dos efeitos fáticos é uma consequência inerente à natureza da tutela antecipada	122
5.	Pressupostos das tutelas cautelar e antecipada	127

5.1.	Perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo.....	127
5.2.	Perigo de ato contrário ao direito e da prorrogação dos efeitos concretos da conduta ilícita	128
5.3.	Perigo de dano a direito conexo ao direito à tutela final	129
5.4.	Probabilidade do direito	130
6.	Tutelas nas formas antecedente e incidente e momento para a concessão da tutela incidente.....	131
6.1.	Tutelas cautelar e antecipada nas formas antecedente e incidente	131
6.2.	Momento de concessão da tutela urgente incidental	134
6.2.1.	Tutela de urgência antes da ouvida do réu	134
6.2.2.	Justificação prévia para a concessão da tutela de urgência	135
6.2.3.	Tutela de urgência na sentença	136
7.	Tutela urgente contra a Fazenda Pública	137
8.	Prova, convicção e justificativa.....	141
8.1.	Prova e convencimento.....	141
8.2.	Convicção e verossimilhança	141
8.3.	A chamada convicção de “verossimilhança preponderante”	142
8.4.	A convicção de probabilidade diante da postecipação do contraditório... ..	144
8.5.	Convicção de probabilidade, racionalidade da decisão e critérios decisoriais.....	145
8.6.	Justificativa da convicção de probabilidade.....	146
8.7.	Critérios para o controle da racionalidade do discurso baseado na convicção de probabilidade	148
8.8.	Convicção de probabilidade e caso concreto	149
8.9.	A importância da identificação da tutela do direito a ser antecipada para a racionalização da convicção de probabilidade.....	150
8.10.	A convicção de probabilidade diante das várias tutelas de direito que podem ser antecipadas	151
8.11.	Convicção de probabilidade e os elementos da tutela cautelar	155
8.12.	Perigo enquanto conceito que guarda em si a probabilidade	156
8.13.	Dificuldade da prova e credibilidade das alegações	158

8.14.	Convicção de probabilidade e consideração das posições em disputa.....	159
8.15.	Convicção de probabilidade e caução	163
9.	Efetivação da tutela de urgência.....	164
9.1.	Execução “provisória”, execução incompleta e execução fundada em cognição não definitiva	164
9.2.	Execução e efetivação da tutela antecipada	166
9.3.	Efetivação da tutela de urgência nas hipóteses em que se almeja fazer, não fazer, entrega de coisa e soma em dinheiro.....	169
9.4.	A prisão como meio de coerção indireta	172
9.5.	Execução da tutela antecipada de pagamento de soma em dinheiro.....	179
9.5.1.	O uso da multa para dar efetividade à tutela antecipada de soma em dinheiro.....	179
9.5.2.	O emprego da penhora <i>online</i>	182
9.5.3.	A tutela antecipada na ação ressarcitória	183
9.5.3.1.	Justificativa	183
9.5.3.2.	A natureza alimentar da tutela antecipada na ação ressarcitória	187
9.5.3.3.	A efetivação da tutela antecipada na ação de ressarcimento	188
9.5.3.4.	A execução da tutela antecipada de soma em dinheiro, na ação de ressarcimento, admite a expropriação de bem sem a prestação de caução	190
9.6.	Caução para a concessão da tutela de urgência.....	192
10.	Controle do poder executivo do juiz.....	193
10.1.	A racionalidade da tutela antecipada parcial.....	193
10.2.	O princípio da tipicidade dos meios executivos	195
10.3.	O princípio da tipicidade como previsão de meios de execução por sub- -rogação	196
10.4.	As novas necessidades do direito material e a insuficiência dos meios executivos tipificados em lei	197
10.5.	Do princípio da tipicidade ao princípio da concentração dos poderes de execução	198

10.6.	A influência do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva sobre o princípio da concentração	199
10.7.	As cláusulas gerais executivas como respostas ao direito ao meio executivo adequado	201
10.8.	Princípio da concentração, ruptura da regra da congruência e possibilidade de alteração do meio executivo.....	203
10.9.	A omissão legal e o dever de o juiz determinar o meio executivo adequado como decorrência do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva ...	204
10.10.	O controle do poder executivo diante das cláusulas gerais	206
10.11.	O controle do poder executivo após o trânsito em julgado	209
10.12.	O controle da alteração da modalidade executiva na tutela antecipada... ..	210
10.13.	O controle da determinação da modalidade executiva adequada na antecipação de soma	211
10.14.	A justificativa como forma de racionalizar o uso do poder de execução e de viabilizar a participação das partes no processo.....	214
11.	Revogação e modificação da tutela	215
11.1.	Eficácia temporal das tutelas cautelar e antecipada	215
11.2.	Manutenção excepcional da tutela de urgência em caso de sentença de improcedência.....	216
11.3.	Fundamentos para a revogação ou modificação da tutela de urgência.....	217
11.4.	Revogação ou modificação da tutela de urgência no tribunal	218
11.5.	Modificação da tutela em proveito da parte que a obteve.....	219
11.6.	Eficácia da tutela no período de suspensão do processo	219
12.	Restituição das coisas no estado anterior, reparação dos danos e responsabilidade pelo dano provocado pela efetivação da tutela urgente	220
12.1.	A restituição das coisas no estado anterior e a reparação dos danos provocados pela execução	220
12.2.	Pressupostos da responsabilidade da parte que requereu a tutela de urgência efetivada em prejuízo do adversário	221
12.3.	Hipóteses de responsabilidade objetiva.....	222
12.4.	Liquidação da indenização	225
13.	Procedimento em caso de tutela antecipada antecedente	228

13.1.	Justificativa e importância do uso adequado da tutela antecipada na forma antecedente	228
13.2.	Requisitos da petição inicial em que se pede tutela antecipada antecedente	228
13.3.	Procedimento em caso de concessão da tutela antecipada na forma antecedente	229
13.4.	Procedimento quando a tutela antecipada é indeferida	230
14.	Estabilização de tutela	231
14.1.	Fundamento da estabilização da tutela.....	231
14.2.	O problema da generalização do significado de inércia do demandado ..	232
14.3.	O esquecimento de que, se a tutela antecipada pode se estabilizar quando é requerida na forma antecedente, não há motivo algum para não poder se estabilizar quando é requerida na petição inicial da ação em que se pede a tutela do direito	235
14.4.	Requisitos para a estabilização da tutela	235
14.5.	Concessão parcial da tutela antecipada ou requerimento de tutela antecipada que não abrange a integralidade do mérito	236
14.6.	Efeitos temporalmente ilimitados da tutela estabilizada	237
14.7.	Tutela estabilizada, declaração sumária e constituição provisória.....	239
14.8.	Possibilidade de reforma e invalidação da tutela antecipada estabilizada ...	240
14.9.	Fluência do prazo para a propositura da ação objetivando reforma ou invalidação da tutela estabilizada.....	241
14.10.	Não há coisa julgada, mas apenas extinção do direito de reformar ou invalidar a tutela estabilizada, depois de exaurido o prazo de dois anos do § 5º do art. 304	242
14.11.	Estabilização da tutela contra a fazenda pública.....	246
15.	Diferenças entre os procedimentos das tutelas antecipada e cautelar antecedentes... ..	250
15.1.	Distinção entre o procedimento da tutela cautelar antecedente e o procedimento da tutela antecipada antecedente.....	250
15.2.	Ações cautelar e principal num único processo e ação única com requerimento de tutela antecipada antecedente	252
15.3.	Diferença da urgência que legitima a tutela cautelar na forma antecedente ...	253
15.4.	Fungibilidade das tutelas cautelar e antecipada	254

16. Do procedimento cautelar.....	254
16.1. Requisitos da petição inicial da tutela cautelar antecedente	254
16.2. Concessão da tutela cautelar antes da citação do réu	255
16.3. Procedimento acelerado	255
16.4. Apresentada a contestação será observado o procedimento comum	256
16.5. Contestação e defesa	257
16.6. Reconhecimento da procedência do pedido	258
16.7. Pedido de tutela cautelar e efeitos da revelia	258
16.8. Provas admissíveis	260
17. Repercussão da decisão tomada em sede cautelar sobre o julgamento do pedido de tutela do direito	260
17.1. A decisão cautelar não interfere sobre o julgamento do pedido principal ...	260
17.2. Reconhecimento de decadência ou de prescrição em sede de tutela cautelar	261
18. Ação principal.....	262
18.1. Duas ações e um processo	262
18.2. Aditamento da causa de pedir?.....	263
18.3. Relação entre ação principal e efetivação da tutela cautelar	264
18.4. Procedimento após o ajuizamento da ação principal.....	264
18.5. Cumulação das ações cautelar e principal.....	265
19. Cessaçãõ da eficácia da tutela cautelar.....	265
19.1. Introdução	265
19.2. Não formulação do pedido principal no prazo legal.....	265
19.3. Não efetivação da tutela em trinta dias.....	267
19.4. Improcedência do pedido principal ou extinção do processo sem resolução de mérito	268
20. Renovação do pedido de tutela cautelar sob novo fundamento.....	269

PARTE III
TUTELA DA EVIDÊNCIA

1.	Introdução.....	276
1.1.	Tutela da Evidência como Técnica de Distribuição do Tempo do Processo ...	276
1.2.	O Tempo do Processo como Ônus e a Necessidade da sua Distribuição entre as Partes	277
1.3.	A Falsidade do Princípio da <i>Nulla Executio Sine Titulo</i> Diante do Conflito entre o Direito à Tutela Tempestiva e o Direito à Cognição Definitiva.....	279
1.4.	Evidência do Direito e Fragilidade da Defesa	282
1.5.	Evidência dos Fatos Constitutivos, Inconsistência da Defesa e Distribuição do Ônus do Tempo Processo	283
1.6.	A Importância de Situar Corretamente os Fatos Litigiosos para a Distribuição do Tempo do Processo.....	287
1.7.	A Condenação com Reserva no Direito Italiano	289
1.8.	Pressupostos da Tutela da Evidência	291
1.9.	A Defesa de Mérito, Além de Não Poder Ser de Pronta Solução, Deve Ser Inconsistente.....	292
2.	A Tutela da Evidência Baseada na Técnica da Reserva da Cognição da Defesa de Mérito Indireta Infundada.....	296
2.1.	Os Critérios da Não Contestação e da Incompatibilidade entre Apresentação de Defesa de Mérito Indireta e Negação dos Fatos Constitutivos.....	296
2.2.	A Defesa de Mérito Indireta Equivale, em regra, à Não Contestação dos Fatos Constitutivos	298
2.3.	Resolução do Impasse Diante da Incompatibilidade entre as Defesas de Mérito Direta e Indireta.....	299
2.4.	O Dever de o Réu se Manifestar Sobre os Fatos Narrados na Petição Inicial, o Dever de Veracidade e o Dever de o Réu Esclarecer a sua Defesa.....	301
3.	Tutela da Evidência Baseada na Técnica da Prova dos Fatos Constitutivos	303
3.1.	A Prova Documental dos Fatos Constitutivos	303
3.2.	A Necessidade de Tutela da Evidência no Procedimento Monitorio	305
3.3.	A Diferença entre Prova Escrita, Prova Suficiente para a Tutela da Evidência e Prova Suficiente para a Procedência do Pedido.....	305

3.4.	A Tutela da Evidência e a Tutela Antecipada no Procedimento Monitório ...	310
3.5.	A Execução Imediata no Caso de Improcedência dos Embargos ao Mandado Monitório.....	313
3.6.	A Tutela da Evidência Mediante a Técnica Monitória (Prova do Fato Constitutivo) no Procedimento Comum.....	314
3.7.	A Tutela da Evidência Quando a Ação Impõe Entrega de Coisa, Fazer ou Não Fazer	316
4.	A Tutela da Evidência Fundada em Prova do Fato Constitutivo e em Defesa Direta Infundada	318
4.1.	Defesa Direta Infundada	318
4.2.	A Tutela da Evidência Baseada em Prova Emprestada	319
4.3.	A Tutela da Evidência na Hipótese de Prova do Núcleo do Fato Constitutivo e de Contestação Infundada dos seus Elementos Secundários.....	320
5.	Justificativa da Tutela da Evidência Baseada em Defesa Indireta Infundada.....	321
5.1.	O Critério da Distribuição do Ônus da Prova como Vetor para a Repartição do Tempo do Processo	321
5.2.	O Princípio de que o Tempo do Processo Deve ser Suportado pela Parte que Necessita da Instrução da Causa.....	322
5.3.	O Processo não Pode Prejudicar o Autor que Tem Razão.....	326
5.4.	A Necessidade de Evitar o Abuso do Direito de Defesa.....	328
6.	Justificativa da Tutela de Evidência na Hipótese de Defesa Direta Infundada	329
6.1.	A Imprescindibilidade de Defesa Direta Necessariamente Fundada Diante da Força Argumentativa Implícita na Prova do Autor.....	329
6.2.	A Força da Prova do Autor como Critério para se ter como Abusiva a Defesa Direta Apresentada sem Fundamento Sêrio.....	330
7.	A Tutela da Evidência na Dimensão dos Direitos Fundamentais Processuais.....	331
8.	As Hipóteses do art. 311 do Código de Processo Civil.....	333
8.1.	A Cláusula Geral do “Abuso do direito de Defesa ou Manifesto Propósito Protelatório”	333
8.2.	“As Alegações de Fato Puderem ser Comprovadas Apenas Documentalmente e Houver Tese Firmada em Julgamento de Casos Repetitivos ou em Súmula Vinculante”	334

8.3.	“Se Tratar de Pedido Reipersecutório Fundado em Prova Documental Adequada do Contrato de Depósito, Caso em que será Decretada a Ordem de Entrega do Objeto Custodiado, Sob Cominação de Multa”	335
8.4.	“A Petição Inicial for Instruída com Prova Documental Suficiente dos Fatos Constitutivos do Direito do Autor, a que o Réu Não Oponha Prova Capaz de Gerar Dúvida Razoável”	337
9.	A Inconstitucionalidade do Parágrafo Único do art. 311	338
10.	Tutela da Evidência e Fundamentação	340
11.	Momento Oportuno à Concessão da Tutela da Evidência	341
12.	Possibilidade de Revogação da Tutela e Agravo de Instrumento com Efeito Suspensivo	343
13.	Execução Imediata da Tutela da Evidência e a Questão da Caução	344
14.	Tutela da Evidência na Sentença	346
14.1.	A Tutela da Evidência Diante da Contestação Genérica	346
14.2.	O Réu que Comparece no Processo e Não Apresenta Contestação	350
14.3.	Contestação que Nega Precedente de Corte Suprema	352
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS		355