

LUIZ GUILHERME
MARINONI

TUTELA DE
URGÊNCIA
E
TUTELA DA
EVIDÊNCIA

SOLUÇÕES PROCESSUAIS DIANTE DO TEMPO DA JUSTIÇA

3ª edição
Revista e atualizada

THOMSON REUTERS
**REVISTA DOS
TRIBUNAIS™**

Diretora de Conteúdo e Operações Editoriais

JULIANA MAYUMI ONO

Gerente de Conteúdo

MILISA CRISTINE ROMERA

Editorial: Aline Marchesi da Silva, Diego Garcia Mendonça, Karolina de Albuquerque Araújo e Marcella Pâmela da Costa Silva

Gerente de Conteúdo Tax: Vanessa Miranda de M. Pereira

Direitos Autorais: Viviane M. C. Carmezim

Analista de Conteúdo Editorial: Quenia Becker

Assistente de Conteúdo Editorial: Juliana Menezes Drumond

Assistente Administrativo: Tatiana Leite

Analista de Projetos: Camilla Dantara Ventura

Estagiárias: Bárbara Baraldi Sabino e Stefanie Lopes Pereira

Produção Editorial

Coordenação

ANDRÉIA R. SCHNEIDER NUNES CARVALHAES

Especialistas Editoriais: Gabriele Lais Sant'Anna dos Santos e Maria Angélica Leite

Analista de Projetos: Larissa Gonçalves de Moura

Analistas de Operações Editoriais: Caroline Vieira, Damares Regina Felício, Danielle Castro de Morais, Mariana Plastino Andrade, Mayara Macioni Pinto e Patricia Melhado Navarra

Analistas de Qualidade Editorial: Fernanda Lessa, Rafael Ribeiro e Thais Pereira

Estagiárias: Beatriz Fialho, Tainá Luz Carvalho e Victória Menezes Pereira

Capa: Chrisley Figueiredo

Adaptação de capa: WK Editoração

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 Maria Cristina Lopes Araujo

Administrativo e Produção Gráfica

Coordenação

MAURICIO ALVES MONTE

Analista de Produção Gráfica: Aline Ferrarezi Regis

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

Marinoni, Luiz Guilherme
Tutela de urgência e tutela de evidência: Soluções processuais diante do tempo da
Justiça / Luiz Guilherme Marinoni. – 3. ed. rev., e atual. – São Paulo : Thomson Reuters
Brasil, 2019.

Bibliografia.

ISBN 978-85-532-1983-4

1. Processo civil 2. Tutela de evidência 3. Tutela de urgência 4. Tutela provisória I.
Título.

19-29936

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.....	17
2. O escopo de tutela dos direitos.....	18
3. Técnica processual e tutela dos direitos	24
4. A técnica da cognição e a construção de procedimentos diferenciados	25
4.1. A técnica da cognição parcial	26
4.2. A técnica da cognição sumária.....	29
4.3. A técnica da cognição exauriente <i>secundum eventum probationis</i>	31
4.4. A técnica da cognição exauriente enquanto não definitiva	34
4.5. A técnica da cognição exauriente por ficção legal conjugada com a técnica da cognição exauriente <i>secundum eventum defensionis</i>	35
4.6. A técnica dos títulos executivos extrajudiciais	36
5. Técnica antecipatória, tutela cautelar, tutela antecipada e tutela da evidência.....	37

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.....	46
1.1. A tutela cautelar na origem do direito processual civil.....	46
1.2. A proibição dos juízos de verossimilhança no processo clássico	51
1.3. O problema da demora do processo e as novas situações jurídicas carentes de tutela.....	52

1.4.	A superação da regra da <i>nulla esecutio sine titulo</i> e o escopo de tutela dos direitos	59
1.5.	O motivo da introdução da tutela antecipada no Código de 1973	61
1.6.	As razões de Calamandrei e o apego irrefletido da doutrina	62
1.7.	A definição legislativa de tutela cautelar – art. 301, CPC	65
1.8.	A zona de penumbra no Código de 1973	66
1.9.	O significado de tutela cautelar e de tutela antecipada no Código de 2015	67
2.	Perfil da tutela cautelar	69
2.1.	Conceito	69
2.2.	Tutela assecuratória da tutela do direito material ou da situação jurídica tutelável	74
2.3.	Não satisfatividade	79
2.4.	Instrumentalidade	83
2.5.	Referibilidade	84
2.6.	Diferença entre cautelaridade e preventividade	85
3.	A tutela cautelar diante das tutelas contra o ilícito (inibitória e de remoção)	91
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	91
3.2.	Tutelas contra o ilícito: tutela inibitória e tutela de remoção do ilícito	93
3.3.	Tutela inibitória e tutela cautelar	97
3.4.	Tutela de remoção do ilícito e tutela cautelar	103
4.	Da tutela antecipada	104
4.1.	Tutela antecipada ou tutela do direito mediante cognição sumária	104
4.2.	Tutela antecipada declaratória e constitutiva?	106
4.3.	Tutela antecipada de soma em dinheiro	111
4.4.	Irreversibilidade dos efeitos jurídicos da decisão	115
4.5.	A irreversibilidade dos efeitos fáticos é uma consequência inerente à natureza da tutela antecipada	118
5.	Pressupostos das tutelas cautelar e antecipada	123

5.1.	Perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo.....	123
5.2.	Perigo de ato contrário ao direito e da prorrogação dos efeitos concretos da conduta ilícita	124
5.3.	Perigo de dano a direito conexo ao direito à tutela final	125
5.4.	Probabilidade do direito	126
6.	Tutelas nas formas antecedente e incidente e momento para a concessão da tutela incidente.....	127
6.1.	Tutelas cautelar e antecipada nas formas antecedente e incidente	127
6.2.	Momento de concessão da tutela urgente incidental	130
6.2.1.	Tutela de urgência antes da ouvida do réu	130
6.2.2.	Justificação prévia para a concessão da tutela de urgência	131
6.2.3.	Tutela de urgência na sentença	132
7.	Prova, convicção e justificativa.....	133
7.1.	Prova e convencimento.....	133
7.2.	Convicção e verossimilhança.....	133
7.3.	A chamada convicção de “verossimilhança preponderante”	134
7.4.	A convicção de probabilidade diante da postecipação do contraditório... ..	136
7.5.	Convicção de probabilidade, racionalidade da decisão e critérios decisoriais	137
7.6.	Justificativa da convicção de probabilidade.....	138
7.7.	Crítérios para o controle da racionalidade do discurso baseado na convicção de probabilidade	140
7.8.	Convicção de probabilidade e caso concreto	141
7.9.	A importância da identificação da tutela do direito a ser antecipada para a racionalização da convicção de probabilidade.....	142
7.10.	A convicção de probabilidade diante das várias tutelas de direito que podem ser antecipadas	143
7.11.	Convicção de probabilidade e os elementos da tutela cautelar	147
7.12.	Perigo enquanto conceito que guarda em si a probabilidade	148
7.13.	Dificuldade da prova e credibilidade das alegações	150
7.14.	Convicção de probabilidade e consideração das posições em disputa.....	151

7.15.	Convicção de probabilidade e caução	155
8.	Efetivação da tutela de urgência.....	156
8.1.	Execução “provisória”, execução incompleta e execução fundada em cognição não definitiva.....	156
8.2.	Execução e efetivação da tutela antecipada.....	158
8.3.	Efetivação da tutela de urgência nas hipóteses em que se almeja fazer, não fazer, entrega de coisa e soma em dinheiro.....	161
8.4.	A prisão como meio de coerção indireta	164
8.5.	Execução da tutela antecipada de pagamento de soma em dinheiro	171
8.5.1.	O uso da multa para dar efetividade à tutela antecipada de soma em dinheiro.....	171
8.5.2.	O emprego da penhora online.....	174
8.5.3.	A tutela antecipada na ação ressarcitória	175
8.5.3.1.	Justificativa	175
8.5.3.2.	A natureza alimentar da tutela antecipada na ação ressarcitória	179
8.5.3.3.	A efetivação da tutela antecipada na ação de ressarcimento.....	180
8.5.3.4.	A execução da tutela antecipada de soma em dinheiro, na ação de ressarcimento, admite a expropriação de bem sem a prestação de caução	182
8.6.	Caução para a concessão da tutela de urgência.....	184
9.	Controle do poder executivo do juiz.....	185
9.1.	A racionalidade da tutela antecipada parcial.....	185
9.2.	O princípio da tipicidade dos meios executivos	187
9.3.	O princípio da tipicidade como previsão de meios de execução por sub-rogação.....	188
9.4.	As novas necessidades do direito material e a insuficiência dos meios executivos tipificados em lei	189
9.5.	Do princípio da tipicidade ao princípio da concentração dos poderes de execução	190
9.6.	A influência do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva sobre o princípio da concentração	191

9.7.	As cláusulas gerais executivas como respostas ao direito ao meio executivo adequado	193
9.8.	Princípio da concentração, ruptura da regra da congruência e possibilidade de alteração do meio executivo.....	195
9.9.	A omissão legal e o dever de o juiz determinar o meio executivo adequado como decorrência do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva ...	196
9.10.	O controle do poder executivo diante das cláusulas gerais	198
9.11.	O controle do poder executivo após o trânsito em julgado	201
9.12.	O controle da alteração da modalidade executiva na tutela antecipada...	202
9.13.	O controle da determinação da modalidade executiva adequada na antecipação de soma	203
9.14.	A justificativa como forma de racionalizar o uso do poder de execução e de viabilizar a participação das partes no processo.....	206
10.	Revogação e modificação da tutela	207
10.1.	Eficácia temporal das tutelas cautelar e antecipada	207
10.2.	Manutenção excepcional da tutela de urgência em caso de sentença de improcedência.....	208
10.3.	Fundamentos para a revogação ou modificação da tutela de urgência.....	209
10.4.	Revogação ou modificação da tutela de urgência no tribunal	210
10.5.	Modificação da tutela em proveito da parte que a obteve	211
10.6.	Eficácia da tutela no período de suspensão do processo	211
11.	Restituição das coisas no estado anterior, reparação dos danos e responsabilidade pelo dano provocado pela efetivação da tutela urgente	212
11.1.	A restituição das coisas no estado anterior e a reparação dos danos provocados pela execução.....	212
11.2.	Pressupostos da responsabilidade da parte que requereu a tutela de urgência efetivada em prejuízo do adversário.....	213
11.3.	Hipóteses de responsabilidade objetiva.....	214
11.4.	Liquidação da indenização	217
12.	Procedimento em caso de tutela antecipada antecedente	220
12.1.	Justificativa e importância do uso adequado da tutela antecipada na forma antecedente	220

12.2.	Requisitos da petição inicial em que se pede tutela antecipada antecedente	220
12.3.	Procedimento em caso de concessão da tutela antecipada na forma antecedente	221
12.4.	Procedimento quando a tutela antecipada é indeferida	222
13.	Estabilização da tutela	223
13.1.	Fundamento da estabilização da tutela.....	223
13.2.	O problema da generalização do significado de inércia do demandado...	224
13.3.	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	227
13.4.	Requisitos para a estabilização da tutela	227
13.5.	Concessão parcial da tutela antecipada ou requerimento de tutela antecipada que não abrange a integralidade do mérito	228
13.6.	Efeitos temporalmente ilimitados da tutela estabilizada	229
13.7.	Tutela estabilizada, declaração sumária e constituição provisória.....	231
13.8.	Possibilidade de reforma e invalidação da tutela antecipada estabilizada...	232
13.9.	Fluência do prazo para a propositura da ação objetivando reforma ou invalidação da tutela estabilizada.....	233
13.10.	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	234
13.11.	Estabilização da tutela contra a fazenda pública.....	238
14.	Diferenças entre os procedimentos das tutelas antecipada e cautelar antecedentes ...	242
14.1.	Distinção entre o procedimento da tutela cautelar antecedente e o procedimento da tutela antecipada antecedente.....	242
14.2.	Ações cautelar e principal num único processo e ação única com requerimento de tutela antecipada antecedente	244
14.3.	Diferença da urgência que legitima a tutela cautelar na forma antecedente...	245
14.4.	Fungibilidade das tutelas cautelar e antecipada	246
15.	Do procedimento cautelar	246
15.1.	Requisitos da petição inicial da tutela cautelar antecedente	246

15.2. Concessão da tutela cautelar antes da citação do réu	247
15.3. Procedimento acelerado	247
15.4. Apresentada a contestação será observado o procedimento comum	248
15.5. Contestação e defesa	249
15.6. Reconhecimento da procedência do pedido	250
15.7. Pedido de tutela cautelar e efeitos da revelia	250
15.8. Provas admissíveis	252
16. Repercussão da decisão tomada em sede cautelar sobre o julgamento do pedido de tutela do direito	252
16.1. A decisão cautelar não interfere sobre o julgamento do pedido principal ...	252
16.2. Reconhecimento de decadência ou de prescrição em sede de tutela cautelar	253
17. Ação principal.....	254
17.1. Duas ações e um processo	254
17.2. Aditamento da causa de pedir?.....	255
17.3. Relação entre ação principal e efetivação da tutela cautelar	256
17.4. Procedimento após o ajuizamento da ação principal.....	256
17.5. Cumulação das ações cautelar e principal.....	257
18. Cessaçãõ da eficácia da tutela cautelar.....	257
18.1. Introdução	257
18.2. Não formulação do pedido principal no prazo legal.....	257
18.3. Não efetivação da tutela em trinta dias.....	259
18.4. Improcedência do pedido principal ou extinção do processo sem resolução de mérito	260
19. Renovação do pedido de tutela cautelar sob novo fundamento.....	261
20. Tutela urgente contra a Fazenda Pública	263

PARTE III
TUTELA DA EVIDÊNCIA

1.	Introdução.....	272
1.1.	Tutela da evidência como técnica de distribuição do tempo do processo...	272
1.2.	O tempo do processo como ônus e a necessidade da sua distribuição entre as partes.....	273
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	275
1.4.	Evidência do direito e fragilidade da defesa.....	278
1.5.	Evidência dos fatos constitutivos, inconsistência da defesa e distribuição do ônus do tempo do processo.....	279
1.6.	A importância de situar corretamente os fatos litigiosos para a distribuição do tempo do processo.....	283
1.7.	A condenação com reserva no direito italiano.....	285
1.8.	Pressupostos da tutela da evidência.....	287
1.9.	A defesa de mérito, além de não poder ser de pronta solução, deve ser inconsistente.....	288
2.	A tutela da evidência baseada na técnica da reserva da cognição da defesa de mérito indireta infundada.....	292
2.1.	Os critérios da não contestação e da incompatibilidade entre apresentação de defesa de mérito indireta e negação dos fatos constitutivos.....	292
2.2.	A defesa de mérito indireta equivale, em regra, à não contestação dos fatos constitutivos.....	294
2.3.	Resolução do impasse diante da incompatibilidade entre as defesas de mérito direta e indireta.....	295
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	297
3.	Tutela da evidência baseada na técnica da prova dos fatos constitutivos	299
3.1.	A prova documental dos fatos constitutivos	299
3.2.	A necessidade de tutela da evidência no procedimento monitorio.....	301
3.3.	A diferença entre prova escrita, prova suficiente para a tutela da evidência e prova suficiente para a procedência do pedido.....	301

3.4.	A tutela da evidência e a tutela antecipada no procedimento monitorio...	306
3.5.	A execução imediata no caso de improcedência dos embargos ao mandado monitorio	309
3.6.	A tutela da evidência mediante a técnica monitoria (prova do fato constitutivo) no procedimento comum	310
3.7.	A tutela da evidência quando a ação impõe entrega de coisa, fazer ou não fazer.....	312
4.	A tutela da evidência fundada em prova do fato constitutivo e em defesa direta infundada	314
4.1.	Defesa direta infundada	314
4.2.	A tutela da evidência baseada em prova emprestada.....	315
4.3.	A tutela da evidência na hipótese de prova do núcleo do fato constitutivo e de contestação infundada dos seus elementos secundários.....	316
5.	Justificativa da tutela da evidência baseada em defesa indireta infundada	317
5.1.	O critério da distribuição do ônus da prova como vetor para a repartição do tempo do processo.....	317
5.2.	O princípio de que o tempo do processo deve ser suportado pela parte que necessita da instrução da causa.....	318
5.3.	O processo não pode prejudicar o autor que tem razão.....	322
5.4.	A necessidade de evitar o abuso do direito de defesa	324
6.	Justificativa da tutela de evidência na hipótese de defesa direta infundada	325
6.1.	A imprescindibilidade de defesa direta necessariamente fundada diante da força argumentativa implícita na prova do autor	325
6.2.	A força da prova do autor como critério para se ter como abusiva a defesa direta apresentada sem fundamento sério.....	326
7.	A tutela da evidência na dimensão dos direitos fundamentais processuais	327
8.	As hipóteses do art. 311 do Código de Processo Civil	329
8.1.	A cláusula geral do “abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório”	329
8.2.	“As alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante”	330

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”	331
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”	333
9.	A inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 311	334
10.	Tutela da evidência e fundamentação	336
11.	Momento oportuno à concessão da tutela da evidência	337
12.	Possibilidade de revogação da tutela e agravo de instrumento com efeito suspensivo	339
13.	A execução imediata da tutela da evidência e a questão da caução	340
14.	Tutela da evidência na sentença	342
14.1.	A tutela da evidência diante da contestação genérica	342
14.2.	O réu que comparece no processo e não apresenta contestação	346
14.3.	Contestação que nega precedente de Corte Suprema	348
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....		351