

STJ00110196

ROGÉRIA FAGUNDES DOTTI

COLEÇÃO

O NOVO
PROCESSO
CIVIL

TUTELA DA EVIDÊNCIA

Probabilidade, defesa frágil e o
dever de antecipar a tempo

LUIZ GUILHERME MARINONI

SÉRGIO CRUZ ARENHART

DANIEL MITIDIERO

Coordenadores

THOMSON REUTERS

REVISTA DOS
TRIBUNAIS™

Diretora de Conteúdo e Operações Editoriais

JULIANA MAYUMI ONO

Gerente de Conteúdo

MILSA CRISTINE ROMERA

Editorial: Aline Marchesi da Silva, Diego Garcia Mendonça, Karolina de Albuquerque Araújo e Quenia Becker

Gerente de Conteúdo Tax: Vanessa Miranda de M. Pereira

Direitos Autorais: Viviane M. C. Carmezim

Assistente de Conteúdo Editorial: Juliana Menezes Drumond

Analista de Projetos: Camilla Dantara Ventura

Estagiários: Alan H. S. Moreira, Ana Amalia Strojnowski, Bárbara Baraldi e Bruna Mestriner

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: Alana Fagundes Valério, Caroline Vieira, Damares Regina Felício, Danielle Castro de Moraes, Mariana Plastino Andrade, Mayara Macioni Pinto e Patrícia Melhado Navarra

Analistas de Qualidade Editorial: Ana Paula Cavalcanti, Fernanda Lessa, Thais Pereira e Victória Menezes Pereira

Designer Editorial: Lucas Kfourri

Estagiárias: Maria Carolina Ferreira, Sofia Mattos e Tainá Luz Carvalho

Capa: Lucas Kfourri

Equipe de Conteúdo Digital

Coordenação

MARCELLO ANTONIO MASTROROSA PEDRO

Analistas: Gabriel George Martins, Jonatan Souza, Maria Cristina Lopes Araujo e Rodrigo Araujo

Gerente de Operações e Produção Gráfica

MAURICIO ALVES MONTE

Analistas de Produção Gráfica: Aline Ferrarezi Regis e Jéssica Maria Ferreira Bueno

Estagiária de Produção Gráfica: Ana Paula Evangelista

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

Dotti, Rogéria Fagundes
Tutela da evidência : probabilidade, defesa frágil e o dever de antecipar
a tempo / Rogéria Fagundes Dotti. -- São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2020.

Bibliografia.
ISBN 978-65-5065-438-2

1. Direitos fundamentais 2. Processo civil - Brasil 3. Tutela de evidência
I. Título.

20-36150

CDU-347.919.6(81)

Índices para catálogo sistemático:

1. Brasil : Tutela de evidência : Direito processual civil 347.919.6(81)

Cíbele Maria Dias - Bibliotecária - CRB-8/9427

SUMÁRIO

AGRADECIMENTOS	9
RESUMO	11
ABSTRACT	13
RÉSUMÉ	15
1. INTRODUÇÃO	23
2. O TEMPO NO PROCESSO CIVIL E A TRANSFORMAÇÃO DA URGÊNCIA	27
2.1. A relevância do tempo na prestação jurisdicional.....	28
2.1.1. O equilíbrio entre celeridade e certeza jurídica.....	30
2.1.2. O problema adicional da duração patológica do processo.....	34
2.2. O dano marginal pela demora do resultado do processo.....	36
2.2.1. Quem controla o tempo do processo: o juiz ou as partes?.....	36
2.2.2. A noção de dano marginal.....	38
2.2.3. O processo deve se adequar ao tempo do litígio e não o litígio ao tempo do processo.....	41
2.3. A urgência, sua transformação e um certo luto.....	42
2.3.1. A banalização da urgência.....	43
2.3.2. Uma outra exigência de celeridade.....	44
2.3.3. O luto na França pela perda da urgência como requisito da tutela sumária.....	46
2.3.4. A urgência contratual.....	47
2.3.5. A dispensa do requisito da urgência na Itália.....	49
2.3.6. Diferenças e alternativas entre os sistemas.....	50
3. A ANTECIPAÇÃO DA TUTELA SEM URGÊNCIA NA ITÁLIA E NA FRANÇA E SUA CONTRIBUIÇÃO PARA O SISTEMA PROCESSUAL BRASILEIRO	53
3.1. A condenação com reserva no sistema italiano e sua contribuição para a tutela da evidência brasileira.....	53
3.1.1. Em que consiste a condenação com reserva de exceções?.....	54
3.1.2. A tipicidade da condenação com reserva de exceções.....	56

3.1.3.	A condenação com reserva não tem intuito punitivo.....	61
3.1.4.	A contribuição para a tutela da evidência brasileira.....	62
3.2.	O <i>référé-provision</i> no sistema francês, a noção de contestação não séria e a tutela da evidência brasileira	66
3.2.1.	Origem e características do <i>référé</i>	67
3.2.2.	A dispensa da coisa julgada material	70
3.2.3.	A importância do julgamento com base em cognição sumária.....	72
3.2.4.	O SAMU judiciário.....	74
3.2.5.	Autonomia e paralelismo.....	75
3.2.6.	Uma noção vaga e flexível de urgência.....	76
3.2.7.	O <i>référé-provision</i> : em vez da justiça que não pode perder tempo, a justiça que não tem tempo a perder	78
3.2.8.	A noção de contestação não séria.....	82
3.2.9.	A aplicação atípica e a tutela da evidência no Brasil	86
4.	DIREITOS EVIDENTES E AS PREMISSAS PARA A ANTECIPAÇÃO DA TUTELA SEM URGÊNCIA NO BRASIL	89
4.1.	O que são direitos evidentes	91
4.2.	O modelo de constatação sobre os fatos para a tutela final e a probabilidade da tutela provisória	93
4.3.	A isonomia	94
4.3.1.	A base para o tratamento diferenciado dos direitos evidentes.....	95
4.3.2.	A <i>ratio</i> da diferenciação: direito material ou direito processual	98
4.4.	A duração razoável do processo	99
4.4.1.	Retrospecto desse direito fundamental.....	100
4.4.2.	O cerne desse direito fundamental	103
4.4.3.	Duração razoável e contraditório	105
4.5.	A efetividade	106
4.5.1.	Efetividade, eficácia e eficiência	107
4.5.2.	Efetividade e celeridade.....	108
4.5.3.	Efetividade e nível de exigência da prova: o <i>excesso do muito pouco</i> e o <i>excesso do muito cheio</i>	110
4.6.	A eficiência	111
4.6.1.	O que interessa à tutela da evidência é a eficiência qualitativa	112
4.6.2.	A eficiência na atividade jurisdicional e não apenas nos serviços burocráticos.....	113
4.6.3.	A eficiência nas demandas individualmente consideradas	115
4.6.4.	A eficiência no volume geral de demandas.....	117
4.6.5.	A concessão da tutela da evidência <i>ex officio</i>	119
4.7.	O contraditório.....	125
4.7.1.	O contraditório não é um valor absoluto.....	126

4.7.2.	A conciliação entre tutela sumária e contraditório	127
4.7.3.	A concessão liminar da tutela da evidência	130
4.8.	O mito da certeza judicial e a importância da decisão baseada em probabilidade	134
4.8.1.	O processo civil e a impossibilidade de se alcançar a verdade	135
4.8.2.	A decisão baseada em probabilidade.....	138
4.8.3.	Novamente, o excesso do muito pouco e o excesso do muito cheio...	144
4.8.4.	A doutrina sueca para a aferição da probabilidade e a fragilidade da defesa.....	145
4.8.5.	A importância das decisões baseadas em probabilidade: o juízo de probabilidade não é inferior	148
4.8.6.	Aquilo que normalmente acontece (<i>id quod plerumque accidit</i>) deve favorecer a concessão da tutela provisória	149
4.9.	A prestação de caução e as <i>cores da paisagem</i>	152
4.9.1.	A caução e a igualdade entre as partes	152
4.9.2.	A utilização da caução na tutela da evidência	155
4.9.3.	A dispensa da caução e a tutela da evidência	158
4.9.4.	A adoção de outras contracautelas	160
5.	CONCEITO DE TUTELA DA EVIDÊNCIA	163
5.1.	Tutela e técnica processual: distinções	164
5.2.	A inversão da ordem entre cognição e execução na tutela provisória	166
5.3.	A probabilidade do direito e a fragilidade da defesa como pressupostos suficientes para a antecipação.....	171
5.3.1.	O Código de Processo Civil de 1973 com as alterações da Lei nº 8.952/1994	172
5.3.2.	O Código de Processo Civil de 2015 e a noção de inutilidade	173
5.3.3.	A mutação funcional: <i>o real é relacional</i>	175
5.4.	Conceito de tutela da evidência como técnica genérica de antecipação sem urgência	177
5.4.1.	O cerne da técnica processual da antecipação sem urgência	177
5.4.2.	A razão de sua aplicação genérica.....	178
5.4.3.	Novo conceito.....	179
5.5.	A evidência fixada <i>a priori</i> pelo legislador.....	180
5.5.1.	As liminares nas ações possessórias, embargos de terceiro, ações de despejo, ações revisionais, ações de alienação fiduciária e partilha de bens	182
5.5.2.	As liminares nas ações de improbidade: presunção de urgência ou evidência?	185
5.5.3.	A técnica monitoria.....	191
5.5.4.	As medidas provisionais do CPC/73 e o <i>empréstimo</i> do rito cautelar...	194

6. OS BENEFÍCIOS DA ANTECIPAÇÃO DA TUTELA DOS DIREITOS EVIDENTES	201
6.1. O estímulo ao comportamento não protelatório do réu	202
6.1.1. Os efeitos concretos e a tendência a uma conduta mais adequada.....	203
6.1.2. A análise econômica do direito e as condutas processuais	204
6.1.3. As escolhas nem sempre são racionais.....	211
6.1.4. Equilíbrio entre eficiência e equidade.....	214
6.2. O estímulo à composição entre as partes	215
6.2.1. Quando os acordos são ruins.....	215
6.2.2. Quando os acordos são bons	217
6.2.3. As dificuldades para a celebração de acordos	218
6.2.4. A tutela da evidência e a solução consensual	220
7. O DIREITO POSTO: A TUTELA DA EVIDÊNCIA PREVISTA NO ART. 311 DO CPC/2015.....	229
7.1. Distinção entre tutela da evidência e julgamento antecipado	236
7.2. O abuso do direito e o manifesto propósito protelatório da parte (art. 311, I, do CPC/2015).....	236
7.2.1. Abuso do direito de defesa ou propósito protelatório do réu	238
7.2.2. A dança em sincronia: defesa abusiva e probabilidade do direito.....	241
7.2.3. A existência de dano é irrelevante	242
7.2.4. A irrelevância do dolo ou da culpa	243
7.2.5. Os conceitos jurídicos indeterminados	245
7.2.6. A equiparação entre defesa abusiva e propósito protelatório.....	248
7.2.7. A essência não é punitiva	250
7.2.8. A timidez na aplicação de sanções	253
7.2.9. O efeito benéfico e secundário: agir de má-fé é prejudicial.....	256
7.3. A tutela da evidência diante de decisões vinculantes (art. 311, II, do CPC/2015).....	257
7.3.1. As decisões vinculantes e a <i>infidelidade ao direito</i>	259
7.3.2. Tutela da evidência: os fatos e o direito aplicável	262
7.3.3. A evidência sobre fatos e um elemento a mais para autorizar a antecipação	263
7.3.4. As hipóteses não são taxativas	265
7.3.5. A não aplicação de decisões vinculantes exige fundamentação	266
7.4. A tutela da evidência em caso de contrato de depósito (art. 311, III, do CPC/2015).....	267
7.4.1. Forma típica de tutela da evidência	267
7.4.2. Cominação de multa	269
7.5. Prova documental e tutela da evidência (art. 311, IV, do CPC/2015).....	270
7.5.1. Prova documental e documentada.....	270

7.5.2. Produção antecipada da prova	272
7.5.3. O <i>standard</i> de prova é a prevalência mínima	273
7.5.4. Conceito jurídico indeterminado: prova que não gere dúvida razoável.....	277
7.6. Estabilização da tutela da evidência?	279
7.7. Tutela da evidência na sentença.....	284
8. MODELO BRASILEIRO NOVO: APLICAÇÃO GENÉRICA DA TUTELA DA EVIDÊNCIA DIANTE DA PROVA DO DIREITO E DA DEFESA FRÁGIL – O DEVER DE ANTECIPAR A TEMPO	287
8.1. Tipicidade, não taxatividade e segurança jurídica	289
8.2. A lição de Chiovenda: o juiz deve decidir com base no que normalmente acontece (<i>id quod plerumque accidit</i>).....	295
8.3. Uma outra exigência de celeridade: o <i>dever de antecipar a tempo</i>	302
8.4. A natureza do rol do art. 311 do Código de Processo Civil de 2015: não taxatividade e o <i>dever de antecipar a tempo</i> , isto é, no tempo adequado.....	306
8.5. A tendência de menosprezo ao provisório não urgente	315
8.6. A temporalidade do processo e a necessária mudança cultural	320
9. CONCLUSÕES	335
APÊNDICE A. DESCRIÇÃO DO GRÁFICO 1	339
TABELA 1. TUTELA DE EVIDÊNCIA TJPR (2016-2019)	341
APÊNDICE B. DESCRIÇÃO DOS DADOS DA TABELA 1	351
REFERÊNCIAS	353