

## Aplicación liminar de la tutela de la evidencia fundada en precedente vinculante

Por César Augusto Martins Carnaúba<sup>1</sup> y Marcello de Oliveira Gulim<sup>2</sup>

El año pasado entró en vigor en Brasil el nuevo Código de Proceso Civil (CPC). Algunos de los principales problemas enfrentados por la nueva ley fueron la litigiosidad excesiva y la demora en la resolución de los conflictos apreciados por el Poder Judicial.

Una de las medidas traídas por el CPC para agilizar la actividad jurisdiccional fue la posibilidad de concesión de tutela provisional fundada en precedente vinculante (los precedentes del sistema procesal brasileño son expuestos en el artículo 928 del CPC). Los artículos 9, párrafo único, II, y 311, párrafo único, versan sobre la aplicación de tutela de la evidencia, principalmente, fundada en precedente vinculante.

El nuevo instituto, vinculado a la lógica cooperativa<sup>3</sup> e instrumental del CPC causó polémicas en cuanto a su aspecto innovador concerniente a la innecesariedad de *periculum in mora* para anticipar el bien de la vida pretendido por el autor. Aunque la concesión de tutela provisional sin ese requisito ya era una realidad en el derecho brasileño (el artículo 928 del CPC de 1973 regulaba la decisión liminar en acciones posesivas), la sistematización traída por el nuevo Código - ampliando la aplicación de la medida- dejó a los operadores del derecho un poco sorprendidos con el manejo del instituto.

La constatación "evidente" de la probabilidad del derecho, que autoriza una inmediata y provisional protección del supuesto derecho afirmado en la petición inicial<sup>4</sup>, se ajusta a la *ratio decidendi* de determinado precedente vinculante, y así bastaría para que se le concediera la tutela liminarmente, *in verbis*:

Art. 9. No se pronunciará contra una de las partes sin que sea previamente oída.

Párrafo único. Lo dispuesto en el capítulo no se aplica:

II - A las hipótesis de tutela de la evidencia previstas en el art. 311, incisos II y III;

Art. 311. La tutela de la evidencia se concederá, independientemente de la demostración de peligro de daño o de riesgo al resultado útil del proceso, cuando:

(...) II - Las alegaciones de hecho sólo pueden comprobarse documentalmente y hay tesis firmada en el juicio de casos repetitivos o en un acta vinculante;

<sup>1</sup> Estudiante de Derecho de la Universidad de São Paulo. Miembro del Observatorio de la Justicia - Derecho USP, Brasil.

<sup>2</sup> Abogado por la Universidad de São Paulo. Miembro del Observatorio de la Justicia - Derecho USP.

<sup>3</sup> MITIDIÉRO, Daniel. Colaboração no Processo Civil: Pressupostos sociais, lógicos e éticos. Coleção Temas Atuais de Direito Processual Civil – v. 14. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

<sup>4</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Tutela provisória: considerações gerais. In: *O novo Código de Processo Civil: questões controversas*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 260.

---

(...) Párrafo único. En las hipótesis de los incisos II y III, el juez podrá decidir con carácter preliminar.

La previsión mencionada basada en la cognición sumaria no ofende, de pronto, el contradictorio, una vez que se formará a *posteriori* de la decisión preliminar. Sin embargo, algunas alegaciones sobre la tutela de la evidencia fundada en precedente vinculante son pertinentes y merecen la debida atención de las autoridades judiciales, a la vista de la interpretación de esa previsión de abrir margen para diversas aplicaciones que afrontarían previsibilidad y seguridad jurídica<sup>5</sup>.

En primer lugar, el nuevo CPC confiere mayor fuerza al precedente judicial atribuyéndole la capacidad de anticipar un resultado cuando es alegado por el autor, respaldado en prueba documental. Para ello, el demandante deberá demostrar de modo detallado la correlación que su caso tiene con el precedente para identificar su *ratio decidendi* demostrando el nexo causal entre sus hechos y motivos.

El precedente judicial, en tanto guía de interpretación de determinada norma establece contornos sofisticados, adecuados y condicionantes a la evolución entre Derecho y las demandas de la sociedad, vincula Cortes de Precedentes y Cortes de Justicia<sup>6</sup>, por cuanto su *ratio decidendi* debe ser utilizada a fin de garantizar la seguridad jurídica, la cognoscibilidad, la calculabilidad y, en consecuencia, promover la libertad y la igualdad a los tribunales.

Además, hay una nítida intención en impedir que la carga dromológica del proceso recaiga exclusivamente sobre el autor, teniendo en vista que la demora de la prestación jurisdiccional sería una incomodidad al demandante que posee un evidente derecho al bien de la vida, siendo cuestionable la necesidad de la concesión de una tutela para que, al fin, sea anticipado su pleito.

Siendo temeraria la alegación de que la tutela de la evidencia fundada en precedente judicial versara sobre el derecho procesal del autor<sup>7</sup>, ya que aceptar esa premisa implicaría la aceptación de que cualquier decisión dictada con ese contenido sería parcial, pues el juzgador estaría utilizando un derecho procesal atípico que beneficiaría al demandante a pesar del reo. De este modo, se percibe que el temor en cuanto a la aplicación de ese instituto se centra principalmente en el tradicionalismo y en la costumbre de que lo correcto es el mantenimiento del *status quo* del caso<sup>8</sup>, manteniendo el objeto de la pretensión

---

<sup>5</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Julgamento nas Cortes Supremas: Precedente e Decisão do Recurso diante do Novo CPC*. Revista dos Tribunais. São Paulo, 2015.

<sup>6</sup> MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: Da Persuasão à Vinculação*. Revista dos Tribunais. São Paulo, 2016.

<sup>7</sup> Alegación que consta en la Acción Directa de Inconstitucionalidad 5.492. Disponible en <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamamento.asp?incidente=4959031>. Acceso al 11/07/2017.

<sup>8</sup> DA RÓS BODART, Bruno Vinícius. *Tutela de Evidência: Teoria da Cognição, Análise Econômica do Direito Processual e Considerações sobre o Projeto do Novo CPC*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

---

resistida con el reo mientras no existe prueba inequívoca y suficiente (*cognición exauriente*) capaz de comprobar que asiste razón al autor.

El temor de que se provoque una decisión que en el futuro pueda ser revertida impide que podamos ver los beneficios de esa anticipación de tutela, ya que en el derecho brasileiro se arraigó la idea de que contradictorio sería sinónimo de “*cognición exauriente*”. Romper con ese entendimiento es el que propone el nuevo CPC, porque el mantenimiento del *status quo* de la pretensión resistida, cuando manifiesto el derecho del autor, implicaría una carga (de tiempo) excesiva e innecesaria para el demandante, además de irrespeto al precedente vinculante que, ya trazó contornos adecuados para la interpretación de la norma que incide en el caso concreto.

Sin embargo, invirtiendo el razonamiento, y pensando únicamente que la concesión liminar podría implicar perjuicio excesivo para el reo, la crítica a ese instituto gana relevancia e importancia, en la medida en que, de hecho, no existe *periculum in mora* para el autor; Que al reo podrá imputarse una carga excesiva que causará un perjuicio irreparable; que, debido a que no se ha dado oportunidad de defensa, no podrá explicar la presente situación dañina, y que podría, como consecuencia del contradictorio, apartar aquel precedente vinculante del caso valiéndose de la técnica del distinguido o del *overruling*<sup>9</sup>.

El estudio de la tutela provisional sistematizada por el nuevo CPC es oportuno y de gran valor, pues la concesión anticipada de tutela de la evidencia fundada en precedente vinculante implica ganancias y pérdidas que deben ser sopesadas a fin de llegar al veredicto más adecuado al derecho brasileiro.

Sin embargo, la concesión liminar de tutela de la evidencia fundada en precedente vinculante aparenta ser más benéfica y acorde a las especificidades de la justicia brasileira, en especial a la morosidad de la prestación jurisdiccional.

Ahora queda mantener una mirada atenta a la jurisprudencia brasileira, a fin de descubrir los efectos de la aplicación de esa tutela de la evidencia y sacar lecciones sobre posibles aspectos a ser mejorados en el derecho procesal.

---

<sup>9</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; FRANCO BAHIA, Alexandre Melo; PEDRON, Flávio Quinaud. Nuevo CPC: Fundamentos y sistematización. 2ª edición. Forense. Río de Janeiro, 2015.