

UNIVERSIDAD NACIONAL DE LA PLATA - UNLP
Ciencias Jurídicas y Sociales
Curso de Posgrado en Derecho
Programa de Doctorado

**ANTICIPACIÓN DE LA TUTELA COMO INSTRUMENTO DE
PROTECCIÓN DE LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES
PROCESALES**

FRANCISCO CARVALHO CORRÊA

**La Plata - Argentina
2014**

FRANCISCO CARVALHO CORRÊA

**ANTICIPACIÓN DE LA TUTELA COMO INSTRUMENTO DE
PROTECCIÓN DE LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES
PROCESALES**

Tesis para el Doctorado en Ciencias Jurídicas
de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
de la Universidad Nacional de La Plata.

Director de tesis: Amós Arturo Grajales

La Plata - Argentina
2014

Clasificación

CORREA, Francisco Carvalho.
Anticipación de la tutela como instrumento de
protección de los principios constitucionales
procesales / Universidad Nacional de La Plata -
UNLP / La Plata / Argentina.

000 p.

Cutter/
Pha

Notas

1. Tesis: Doctorado en Ciencias Jurídicas.
I. CORREA, Francisco Carvalho.
2. Anticipación de la tutela como instrumento de
protección de los principios constitucionales.
3. Director de tesis: Amós Arturo Grajales.

CDU

TÉRMINO DE RESPONSABILIDAD

Los hechos, ideas y doctrinas expresados en la Tesis “Anticipación de la tutela como instrumento de protección de los principios constitucionales procesales” son de responsabilidad única y exclusiva del autor.

La Plata, _____ de _____ de 2014

Francisco Carvalho Correa

HOJA DE APROBACIÓN

Autor:

Francisco Carvalho Correa

Título:

**ANTICIPACIÓN DE LA TUTELA COMO INSTRUMENTO DE PROTECCIÓN DE
LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES PROCESALES**

Jurado:

Doctor

Doctor.....
Universidad Nacional de La Plata - UNLP
(...)

Doctor.....
Universidad Nacional de La Plata - UNLP
(...)

La Plata/Argentina, _____ de _____ de 2014.

Dedico esta obra a mi esposa Livia y mis hijos
Pedro y Francisco.

Homenaje al profesor y orientador y hermano
Amós Arturo, por la maestría en la difícil tarea de
transmitir y compartir conocimientos.

AGRADECIMIENTOS

A Dios, por hacerse siempre presente en mi vida;

A mis padres que me enseñaron a vivir con dignidad, acompañándome en esta etapa, iluminando los caminos oscuros con afecto y dedicación, dándome fuerza y persistencia para lograr esta conquista;

A mi hermana Silvia, que aun desde la distancia me demostró que nunca es suficientemente tarde para que busquemos realizar nuestros sueños.

A los profesores por la transmisión del saber jurídico;

A los colegas por el intercambio de experiencias, de conocimientos, de alegrías y tristezas;

A mis amigos, por su apoyo;

A todas las personas que, directa el indirectamente, contribuyeron para que este trabajo se llevara a cabo.

“A adoção de medidas cautelares (inclusive as liminares *inaudita altera parte*) é fundamental para o próprio exercício da função jurisdicional, que não deve encontrar obstáculos, salvo no ordenamento jurídico. Portanto, o poder geral de cautela há que ser entendido com uma amplitude compatível com a sua finalidade primeira, que é a de assegurar a perfeita eficácia da função jurisdicional. Insere-se, aí, sem dúvida, a garantia da efetividade da decisão a ser proferida”.

(Ministro José Delgado, Supremo Tribunal del Justicia, 1999).

RESUMEN

La anticipación de la tutela es un instrumento de protección de los principios constitucionales procesales. La investigación busca analizar la anticipación de la tutela y los principios procesales constitucionales, en la búsqueda de un proceso justo. El área temática que se tiene para desarrollo de la tesis es la protección de los principios procesales constitucionales cuando se realiza un pedido de anticipación de tutela. Para eso se hace un análisis de la protección de los derechos, en la búsqueda de un proceso justo, con enfoque en el derecho constitucional y en el derecho procesal civil, al que se refiere el tema propuesto. Valor alto del estudio son las fases cualitativas dentro del enfoque de generalización. Se empieza la investigación por un estudio cualitativo completo (estudio preparatorio para generar una hipótesis), recopilan y analizan los datos y al fin se estructuran los resultados. Después sigue gradualmente la fase cuantitativa (estudio principal para probar las hipótesis). Una vez planteada la hipótesis (preguntas de la investigación), emanada del problema al que otorgamos el lugar central y la función en la investigación, el siguiente paso que debemos realizar - aunque en realidad se trata de un continuum - es el referido a las estrategias metodológicas. El diseño de la investigación propone la suficiente flexibilidad para que puedan efectuarse modificaciones conforme vaya avanzando. Esta tesis tiene como objetivo principal el análisis de la anticipación de la tutela en cuanto óbice a daños irreparables o de difícil reparación, importante instrumento procesal a la efectividad jurisdiccional, desde que observado el principio de la reversibilidad de sus efectos. Tiene como objetivo analizar la naturaleza jurídica, los requisitos, los límites y los efectos del instituto de la tutela jurisdiccional anticipada, fenómeno jurídico propio del proceso de conocimiento, idealizado para impedir que los efectos maléficos del tiempo vengán a frustrar la prestación jurisdiccional, bajo el argumento de que cuanto más evidente el derecho cuya protección se postula, más rápida debe ser a respuesta judicial. Se dedica especial atención a la cuestión del peligro de la demora en la entrega de la prestación jurisdiccional no contrapunto al peligro de la prisa en decidir, ambos con efectos nefastos a los derechos de las partes involucradas en el proceso, el primero porque el tiempo y la demora procesales pueden traer perjuicios al derecho del actor de la demanda, el segundo porque puede relegar al plano inferior los derechos constitucionales al debido proceso legal y a la amplia defensa del reo. Se defiende la búsqueda de un equilibrio, por el juzgador, el uso de las armas procesales disponibles por el derecho procesal a la tutela de los intereses de los involucrados en una demanda, observando, siempre, la aplicación material del principio constitucional de la igualdad procesal.

Palabras-clave: Tutela Jurídica. Tutela Jurisdiccional. Tutela Cautelar. Anticipación de la Tutela; Derechos Fundamentales. Principios Constitucionales Procesales.

ABSTRACT

It is the anticipation of the guardianship as an instrument of protection of procedural constitutional principles. The research will analyze the anticipation of guardianship and the constitutional procedural principles in the search for a fair trial. The topic area that is for development of the thesis is the protection of constitutional due process principles, when anticipation of guardianship order. So if an analysis of the protection of the rights, in search of a fair process, with focus on constitutional law and civil procedural law, referred to in the proposed theme. High value in the study are the qualitative phases within the approach to generalization. Research starts with a full qualitative study (study preparatory to generate a hypothesis), collect and analyze data and finally structured results. Then gradually follow the quantitative phase (main study to test the hypothesis). Once posed the hypothesis (research questions), issued the problem to which we attach the central place and function in the research, the next step that we need to do - although it is actually a continuum - is the referred to methodological strategies. The research design offers sufficient flexibility so that changes can be made as you go forward. This thesis has as main objective the analysis of the anticipation of guardianship as obstacles the irreparable damage or difficult to repair, important procedural instrument to judicial effectiveness, since observed the principle of reversibility of its effects. Aims to analyze the legal nature, requirements, and limits the effects of the Institute of advance legal phenomenon, judicial protection of the knowledge process, designed to prevent the ill effects of time will frustrate the jurisdictional provision, under the argument that the more evident the right whose protection it postulates, faster should be the judicial response. Devotes particular attention to the question of the danger of delay in delivery of the jurisdictional provision in counterpoint to the danger of haste in deciding, both with harmful effects on the rights of the parties involved in the process, the first because the weather and the procedural delay can bring damage to copyright of demand, the second because it can relegate the lower plan constitutional rights to due process of law and the defendant's ample defense. Defending the search of a balance, by the judge, in the use of weapons provided by the procedural law procedural protection of interests of those involved in a demand, observing, always, the application of the material constitutional principle of equality.

Keywords: Legal Guardianship. It Protects Jurisdictional. It Protects Precautionary. Anticipation Gives Guardianship; Fundamental Rights. Principles Procedural Constitutional.

SUMARIO

INTRODUCCIÓN	15
1 PRINCIPIOS JURÍDICO-CONSTITUCIONALES	22
1.1 NORMAS JURÍDICAS: REGLAS Y PRINCIPIOS	22
1.2 PRINCIPIOS Y REGLAS Y SUS ESPECIES	32
1.2.1 Tipología de los principios jurídicos	32
<i>1.2.1.1 Principios jurídicos fundamentales</i>	<i>35</i>
<i>1.2.1.2 Principios políticamente conformadores.....</i>	<i>36</i>
<i>1.2.1.3 Los principios constitucionales impositivos.....</i>	<i>38</i>
<i>1.2.1.4 Los principios-garantía.....</i>	<i>38</i>
1.2.2 Tipología de reglas.....	39
<i>1.2.2.1 Reglas jurídico-organizativas.....</i>	<i>39</i>
<i>1.2.2.2 Reglas jurídicos-materiales.....</i>	<i>40</i>
1.3 PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES ESPECÍFICOS Y ESPECIALES	41
1.4 PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES PROCESALES	46
1.4.1 Principio constitucional del debido proceso legal.....	49
<i>1.4.1.1 Debido proceso legal procedimental el adjetivo.....</i>	<i>52</i>
<i>1.4.1.2 Debido proceso legal material el substantivo.....</i>	<i>55</i>
1.4.2 Principio constitucional del contradictorio y amplia defensa.....	57
1.4.3 Principio de tratamiento paritario entre las partes.....	60
1.4.4 Principio del juez natural.....	64
1.4.5 Principio de la motivación de las decisiones judiciales.....	66
1.4.6 Principio del doble grado de jurisdicción.....	68
1.4.7 Principio de la prohibición de la prueba ilícita.....	69
1.4.8 Principio de la publicidad de los los actos procesales.....	74
2 GARANTÍA DE ACCESO A LA JUSTICIA Y EFECTIVIDAD DE LA	
TUTELA JURISDICCIONAL.....	77
2.1 CONCEPTO DE ACCESO A LA JUSTICIA.....	80
2.2 ÓBICES A LA CONCRETIZACIÓN DEL ACCESO A LA JUSTICIA.....	85
2.2.1 El desconocimiento del derecho.....	89

2.2.2	El tiempo del proceso.....	91
2.2.3	Las costas procesales	93
2.3	EFFECTIVIDAD DE LA TUTELA JURISDICCIONAL	96
2.3.1	Principio de la razonable duración del proceso	97
2.3.2	Medios que garantiza la observancia de razonabilidad en el trámite del proceso del proceso	107
2.3.3	Consecuencias de la demora de la prestación jurisdiccional	108
3	GARANTIAS FUNDAMENTALES DEL PROCESO	111
3.1	DEFINICIÓN JURÍDICO-REPRESENTATIVA DE LOS OBJETOS INVESTIGADOS: TUTELA JURISDICCIONAL, TUTELA JURÍDICA, TUTELA CAUTELAR Y TUTELA ANTICIPATORIA.....	111
3.1.1	Tutela jurídica y tutela jurisdiccional.....	111
3.1.2	Tutela jurisdiccional efectiva	116
3.1.3	Tutela cautelar y tutela anticipatoria	135
3.1.3.1	<i>Requisitos legales para la factibilidad de la tutela cautelar</i>	137
3.1.3.2	<i>Diferencias entre tutela anticipada y tutela cautelar</i>	142
3.2	TUTELA JURISDICCIONAL EFECTIVA Y GARANTÍAS FUNDAMENTALES	146
4	ASPECTOS FUNDAMENTALES DE LA ANTICIPACIÓN DE TUTELA	159
4.1	ANTECEDENTES HISTÓRICOS Y PREVISIÓN LEGAL	159
4.2	CONCEPTO Y NATURALEZA JURÍDICA	169
4.3	PRESUPUESTOS PROCESALES.....	177
4.3.1	Previa requisición de la anticipación de la tutela por la parte	179
4.3.2	Prueba inequívoca de la verosimilitud de la alegación.....	181
4.3.3	Peligro de la irreversibilidad de la tutela anticipatoria.....	187
4.3.4	Fundada sospecha de daño irreparable o de difícil reparación.....	191
4.3.5	Abuso de derecho de defensa o manifiesto propósito protectorio	193
4.3.6	No controversia de pedidos	195
4.3.7	A humo del buen derecho y el peligro de la demora	197
4.4	NECESIDAD DE FUNDAMENTACIÓN.....	198

5	LA ANTICIPACIÓN DE TUTELA COMO PROTECCIÓN A LOS PRINCIPIOS PROCESALES	201
5.1	PRINCIPIOS QUE FUNDAMENTAN Y LIMITAN A CONCESIÓN DE LA TUTELA ANTICIPATORIA	201
5.1.1	Principio de la razonabilidad-proporcionalidad: debido proceso legal	202
5.1.2	Principio del contradictorio y amplia defensa	210
5.1.3	Principio-garantía de la motivación de las decisiones	211
5.2	CONFLICTO ENTRE GARANTÍAS: ANTICIPACIÓN DE TUTELA Y PRINCIPIOS PROCESALES	213
5.3	APROBACIÓN DE LA ANTICIPACIÓN DE TUTELA PARA GARANTIZAR LOS PRINCIPIOS PROCESALES	218
	CONSIDERACIONES FINALES	231
	REFERENCIAS	238

INTRODUCCIÓN

La principal preocupación que viene ocupando la mente de los estudiosos del asunto, además de los legisladores y de la sociedad como un todo, he aquí que la respuesta rápida del Poder Judicial a la solución de los conflictos que le son presentados influencia y refleja también en el sector económico, es el factor “tiempo”.

No es de ahora que la morosidad, los graves efectos del tiempo y la falta de operatividad del sistema procesal vienen desencadenando una insostenible incredulidad generalizada en el método judicial de resolución de conflictos y, consecuentemente, una incredulidad respecto al Poder Judicial como un todo, cuya legitimación funcional debe transcurrir bajo la garantía constitucional del debido proceso legal. También ya hace algún tiempo que se discute, doctrinariamente, cuál es el significado del “debido proceso legal”, fenómeno responsable por la legitimación de la función jurisdiccional del Estado.

Es evidente que todos los ordenamientos jurídicos del mundo necesitan de mecanismos procesales más rápidos, efectivos y menos costosos. Es tendencia mundial la búsqueda incesante de modelos procesales más ágiles, y que desarrollan su función social, denominada por el jurista brasileño José Carlos Barbosa Moreira como “función social del proceso”¹.

Con la investigación en tesis se propone explorar el tema, intentando lograr una conceptualización positiva del debido proceso legal, para lo cual se entiende como imperioso partir de la presentación de una idea previa: definir qué es el “proceso” (como sustantivo) para, recién luego, hacer lo propio con el adjetivo “debido”. Con esta línea de investigación, se desea traer algunos puntos relacionados a los principios constitucionales procesales, en relación al pedido de la anticipación de tutela en procedimientos de naturaleza urgente.

De esta forma, se debe analizar la naturaleza y la función de los principios, mayormente los procesales, al orden jurídico, cabe decir, si son meras amonestaciones a ser hechas a los operadores del derecho o si serían fuentes del derecho, teniendo, por lo tanto, fuerza normativa, con el don de exteriorizar comandos coercitivos a ser acatados por toda la colectividad y, aún, por el propio Estado, bajo amenaza de sanción.

Se destaca que en Brasil, el legislador, consciente de la necesidad de la implementación de un sistema procesal más dinámico y eficiente, ya viene promoviendo

¹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **A função social do processo civil moderno e o papel do juiz e das partes na direção e na instrução do processo.** In: *Revista de Processo*, ano 10, nº 37, p. 140-150. São Paulo: Revista Tribunais, jan./mar., 1985.

muchas alteraciones en el texto del Código de Proceso Civil², buscando siempre la simplificación de los actos en general y procedimientos para una mayor agilidad y eficacia del servicio jurisdiccional, siendo que las más significativas ocurrieron bajo la égida de la Constitución Federal Brasileña de 1988. La primera de ellas se dió por medio de la Ley nº 8.952, de 13 de diciembre de 1994³, que introdujo a anticipación de tutela, especie de medida urgente que se distingue de las acciones cautelares por la satisfacción.

La anticipación de los efectos de la tutela permite la fluidez parcial o total del derecho por el actor de la demanda antes de la decisión que entrega, en definitiva, la prestación jurisdiccional. Es llamada de tutela jurisdiccional anticipatoria porque la ley permite al juez, la concesión de una medida, a la parte solicitante, antes del momento reservado al juicio del mérito que, por el procedimiento ordinario, sólo ocurriría después de la sentencia definitiva.

Existe una extensa discusión acerca de la relación entre derecho constitucional y derecho procesal. Por lo tanto, el debate fue delimitado para concentrarse en la anticipación de la tutela como instrumento de protección de los principios constitucionales procesales, cabe decir, se destina a desvelar el instituto de la tutela anticipatoria, teniendo en vista que el conocimiento lleva a su mejor utilización, tanto en el sentido del acceso a la justicia⁴, porque la actividad jurisdiccional del Estado depende del ejercicio del derecho de acción, cuánto al que se refiere a la calidad (eficiencia, eficacia y celeridad) en el abordaje de las pretensiones de los justiciables, especialmente la cuestión de los efectos nefastos de la concesión de tutela anticipatoria fundamentada en circunstancias que exceden los límites legales.

Se hace foco especialmente en la cuestión del peligro de la demora en la entrega de la prestación jurisdiccional y en el contrapunto con el peligro de la prisa en decidir. Ambas las situaciones son nefastas a los derechos de las partes envueltas en el proceso, la primera porque el tiempo y la demora procesales pueden traer perjuicios al derecho del actor de la demanda, la segunda porque puede relegar al plano secundario el derecho constitucional de defensa del reo.

² BRASIL, Legislação. **Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869compilada.htm>. Acesso em: 20 mai. 2013.

³ BRASIL, Legislação. **Lei nº 8.952, de 13 de dezembro de 1994**. Altera dispositivos do Código de Processo Civil sobre o processo de conhecimento e o processo cautelar. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8952.htm>. Acesso em: 02 mai. 2013.

⁴ “A esse dever do Estado corresponde o direito de obter a tutela jurídica. E o exercício da jurisdição deve estar necessariamente voltado para a garantia do acesso à justiça e da prestação jurisdiccional, eis que esta é, em última análise, um dos principais fatores que desencadearam o próprio surgimento do Estado” (OLIVEIRA, Marcus Vinícius Amorim **Jurisdição, poder do Estado e acesso à justiça**. In: *Escritório Online*, publicado em 16 de fevereiro de 2000. Disponível em: <http://www.escriorioonline.com/webnews/noticia.php?id_noticia=1319&>. Acesso em: 02 mai. 2013. p. 01).

La pretensión es construir y traer nuevos conceptos sobre el tema en la realización de un proceso justo, que producirán resultados científicos diferentes y que podrán prestar su contribución a la ciencia jurídica.

Para lo dicho se impone desarrollar algunos argumentos y buscar medios para resolver la tensión entre principios constitucionales procesales y analizar si la anticipación de la tutela viola los principios procesales constitucionales.

Resta demostrar todavía que el magistrado al analizar el pedido de anticipación de la tutela debe ponderar la efectividad y la rapidez del proceso de un lado y del otro los principios procesales constitucionales. Con eso es posible demostrar que los principios procesales constitucionales fueron respetados en la postergación del pedido de anticipación de la tutela, así como también, mantener la doble visión sobre el “acceso a la justicia”: la visión del ciudadano y la visión del Estado.

Con el presente trabajo todas esas cuestiones serán respondidas y confirmadas. En el desarrollo del texto se consideran algunos de los problemas arriba referidos y muchos otros referidos a los principios constitucionales procesales y la anticipación de tutela.

El estudio demuestra también que a anticipación de la tutela no dificulta el acceso a la justicia, al revés, contribuye con la protección de los derechos fundamentales y de los propios principios constitucionales procesales.

Se defiende el derecho a la tutela judicial efectiva, fundamentalmente, como la garantía de las pretensiones de las partes, siendo que la anticipación de la tutela funciona como instrumento de protección de los principios constitucionales.

El derecho fundamental a la anticipación de la tutela judicial tiene como contenido básico el de obtener de los órganos judiciales una respuesta seria, para garantizar la máxima efectividad del derecho a tutela efectiva.

La concesión de esta tutela de urgencia, tiene la finalidad de revelar que esas tutelas puedan, cada vez más, atender a la tan anhelada efectividad del proceso. Por detrás del instituto de la anticipación de tutela está el acceso a justicia y los derechos fundamentales, siendo ambos superiores a los principios procesales constitucionales en el caso concreto.

Es posible que frente a un pleito en el que se ventile una tutela de urgencia haya inclusive la posibilidad de encontrar derechos fundamentales entrando en conflicto, como, por ejemplo, libertad de expresión *versus* derecho de personalidad (honor, imagen, etc.), en un caso en el cual se pleite la abstención de divulgación de material periodístico frente al riesgo de exposición de detalles de la vida privada.

Busca también, verificar qué es necesario justificar para la concesión de tutelas de urgencia, en casos en que hay posibilidad de conflicto con los derechos fundamentales, debiendo mantener prevalencia el derecho fundamental a la efectividad del proceso sobre el de la seguridad jurídica.

Se muestra importante equilibrar los preceptos fundamentales en juego y elaborar normas que abarquen ese tipo de situación, mostrándose imperioso que la ley procesal enfrente esas cuestiones.

Ello porque la concesión de tutelas de urgencia, especialmente la anticipación de tutela, trae conflictos especialmente en lo que se refiere a la efectividad *versus la* seguridad jurídica. Sin contar el desplazamiento del contradictorio, que queda postergado delante de la necesidad de concesión de una tutela en carácter de urgencia.

Siendo así, las posibles respuestas se darán a partir de observar la presencia de los requisitos de la concesión de la anticipación de la tutela, donde debe el juzgador ponderar la efectividad, rapidez del proceso y acceso a la justicia y del otro la necesidad de aplicar el principios procesales constitucionales.

En pocas palabras se impone la posibilidad efectiva, de ocurrir ante un órgano jurisdiccional a través de un proceso justo con finalidad de obtener la adecuada y razonada respuesta. Para eso debe establecerse cómo se viabiliza la aplicación de anticipación de la tutela frente a los principios procesales constitucionales.

Para la investigación del objeto delimitado para el estudio, son utilizadas las técnicas de producción de conocimiento por medio de investigación bibliográfica y documental, desarrollada con base en material ya elaborado, constituido principalmente de libros, artículos científicos y textos normativos pertinentes. La utilización de la doctrina es fundamental en razón del posicionamiento de las ideas y teorías a nortear soluciones y ofrecer fundamentación para las hipótesis levantadas, carentes de confirmación.

En realidad, el desarrollo de una tesis doctoral como la presente, impone la consideración de las corrientes de pensamiento relacionadas al derecho que influyen en el tema a abordar. Y más allá de describir las mismas, se tornan un aporte fundamental al marco teórico que se propusiera.

El análisis de las leyes aplicables permite la debida fundamentación legal de la tutela anticipatoria en el ordenamiento jurídico brasileño.

El desarrollo del trabajo, con el fin de confirmar las hipótesis propuestas y abordar los objetivos pretendidos, se utiliza el método empírico-deductivo, en una combinación entre los métodos “inductivo” y “deductivo” de Galileo Galilei, Isaac Newton y Bertrand Russel. Este

método pasa por etapas como observación, donde se verifica la inducción, seguida de la elaboración de hipótesis (deducción-implicaciones) y su consecuente verificación.

Desde el principio se utilizan técnicas de lecturas de las obras doctrinarias de los autores referenciados, de la legislación vigente correspondiente al tema propuesto, bien como la recolección de investigaciones en medios electrónicos, tales cuales: red mundial de computadoras - Internet y otros del género. Para el análisis del tema propuesto también se hace el uso del método exploratorio descriptivo, por medio de investigación bibliográfica y aún captar aspectos esenciales referentes a la materia propuesta.

Por medio de los análisis del contexto se busca insertar el significado más expresivo del poder general de cautela, a través de lo cual el juez es llamado y estimulado a hacer uso de su poder soberano y de su imaginación creadora, en *favor* del efectivo cumplimiento de la función social del proceso y de su propia finalidad jurisdiccional.

En fin, la metodología aplicada considera en su plenitud las normas y técnicas científicas vigentes para la elaboración de estudios científicos, en nivel de doctorado.

Para efectos didácticos, en la fase de relato el texto es distribuido en seis capítulos.

El capítulo primero versa sobre las garantías fundamentales del proceso, pasando por la previa definición jurídico-representativa de los objetos investigados: tutela jurisdiccional, tutela jurídica, tutela cautelar y tutela anticipatoria, seguida de la presentación de la tutela jurisdiccional efectiva frente a las garantías fundamentales. Se destaca la tutela jurídica como género de la cual la tutela jurisdiccional la especie. Esta, a su vez, se concretiza por el derecho de acción garantizado por la tutela jurídica, siendo que todo se inicia por medio del acceso efectivo a la justicia. Debido a eso, en la secuencia de este mismo capítulo se presenta la garantía de acceso a la justicia.

El capítulo segundo es dedicado a los aspectos relacionados a la efectividad de la tutela jurisdiccional, tales como: el principio de la razonable duración del proceso; los medios que garantizan el respeto de la razonabilidad en el trámite del proceso; y las consecuencias con la demora de la prestación jurisdiccional.

El tercer capítulo se inicia con la exposición de la teoría general de los principios, con el fin de construir conocimientos sobre el papel fundamental de la principiología constitucional para el Poder Judicial en el ejercicio de su función jurisdiccional, en la medida en que se fundamenta y se legitima, básicamente, en el principio del debido proceso legal.

Durante la exposición del texto, se investiga acerca de la aplicación de los principios constitucionales procesales en la búsqueda de un proceso justo y eficaz. Se enfatiza que los principios procesales, en la medida en que se extraen de un determinado contexto normativo,

expresan valoraciones de la respectiva comunidad, y deben interpretarse, por lo tanto, en un sentido armónico con las necesidades propias del tiempo y del lugar en que han aplicarse.

Para eso, al analizar dentro de un proceso el pedido de anticipación de la tutela, se hace necesario que el Juez actúe como un Juez activo, director y guardador efectivo de las garantías del proceso justo, preservando el acceso a la justicia.

Tal conjunto de normas jurídicas al ser analizadas por el Juez, como “miembro esencial de este proceso” y sobrepasando la barrera de los principios procesales buscan la efectividad del proceso, el acceso a la justicia y en muchos casos a la protección de los derechos fundamentales.

El capítulo cuarto trata de los aspectos fundamentales de la anticipación de tutela, a saber: antecedentes históricos, previsión legal y disciplina normativa, concepto y naturaleza jurídica, presupuestos procesales y necesidad de fundamentación.

Por fin, el capítulo quinto enfrenta las cuestiones relacionadas a la protección de los principios constitucionales procesales por la anticipación de la tutela, transcurriendo los principios que fundamentan y limitan la concesión de la tutela anticipatoria; la fungibilidad entre anticipación de tutela y tutela cautelar; los conflictos entre las garantías de anticipación de tutela y los principios procesales; y la con vista en una perspectiva crítica-contributiva, se enfrenta el problema relacionando la utilización efectiva del proceso con una forma de acceso al orden jurídico justo, con especial enfoque a las cautelares *inaudita altera pars* y los principios procesales constitucionales.

Se aborda también la discusión en torno a las facultades de las partes y a su actuación en el proceso en favor de sus intereses, y a su vez el debate sobre si el juez debe abandonar la postura burocrática y meramente repetitiva, quedando evidente en esta discusión la necesidad de incremento del diálogo humano entre las partes y el juez activo en el proceso. En todo ello, se debe observar la seguridad jurídica y la efectividad del proceso, teniendo como tela de fondo el instituto de la tutela anticipada.

Se busca un modelo procesal que sea un medio justo para un fin justo, con la finalidad de resguardar la anticipación de la tutela frente a los principios procesales constitucionales. Tal modelo debe permitir que la parte contraria se manifieste antes del análisis del pedido de anticipación de tutela, para que el juzgador al proferir su juicio pueda motivar su decisión, convicción y racionalización a una decisión aceptable o al menos justificable en carácter de los principios constitucionales procesales.

1 PRINCIPIOS JURÍDICO-CONSTITUCIONALES

Se investiga aquí la actual acepción por parte de la doctrina jurídica de lo que se entiende por prioridad de la anticipación de la tutela del derecho.

Surgen los casos difíciles cuando una acción judicial específica no puede ser sometida a una regla de derecho clara, establecida de antemano. Un caso difícil se da cuando hay incertidumbres originadas tanto de las contradicciones entre las normas cuanto de la inexistencia de norma exactamente aplicable.

Los principios como criterios de interpretación y como mandatos de optimización, tratados, respectivamente, por el filósofo del derecho americano Ronald Dworkin (1931 - 2013) y por el filósofo del derecho alemán Robert Alexy (1945), permiten desarrollos específicos desde el punto de vista procesal.

Robert Alexy distingue entre reglas y principios, asociando estos últimos a los derechos fundamentales. Sostiene que tanto las reglas como los principios son normas. Reglas y principios tienen carácter prescriptivo. La aplicación de las reglas depende del examen sobre su validez. Si son válidas deben cumplirse. Los principios, en cambio, son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida de lo posible. Son en ese sentido mandatos de optimización ya que ordenan que el objeto protegido por el derecho fundamental se realice en su mayor potencialidad, de acuerdo con las posibilidades fácticas y jurídicas.

Sin embargo, el hecho de ser difícil encontrar la respuesta correcta, no invalida la idea de que esa respuesta exista. Recorriendo este camino, Dworkin defiende que también los casos difíciles tienen respuestas correctas, cabiendo al juez investigarlas.

En esta búsqueda Ronald Dworkin se vale de un imaginario juez Hércules. Esa figura corresponde a un juez filósofo dotado de capacidad, sabiduría, paciencia y sagacidad sobre-humanas, en fin, de habilidades ideales y de todas las informaciones necesarias para conocer los principios y operar la conexión entre ellos. Ese juez omnisciente es capaz de solucionar los casos difíciles y encontrar respuestas correctas para todos los problemas, a partir de una visión completa del derecho vigente. La decisión correcta es aquella que satisfaga lo máximo de adhesión.

1.1 NORMAS JURÍDICAS: REGLAS Y PRINCIPIOS

Es necesario informar que las teorías sobre los principios jurídicos desarrollados por el filósofo del derecho norteamericano Ronald Dworkin y por el filósofo del derecho alemán

Robert Alexy no son contrapuestas, mas complementarias. Robert Alexy desarrolla su teoría de los derechos fundamentales a partir de los preceptos de la teoría del derecho desarrollados por Ronald Dworkin.

También se debe destacar que el sistema jurídico norteamericano pertenece a la familia *Common Law* y el alemán a la familia *Civil Law*. El *Common Law*, “derecho común” el sistema jurídico anglosajón es el derecho consuetudinario desarrollado mediante decisiones de los tribunales, de la jurisprudencia, de las costumbres y las prácticas del Poder Judicial y no por medios de actos del Poder Legislativo o del poder Ejecutivo⁵. El *Civil Law*, “derecho civil” el sistema jurídico romano-germánico es el derecho producido por medio de textos codificados, cuyos principios fundamentales decoren de los preceptos normativos positivados en leyes por medio del Poder Legislativo y del Poder Ejecutivo y no de las costumbres y de las decisiones judiciales como ocurre en el derecho común.

Conforme Marcelo Campos Galuppo⁶, el estudio de los principios jurídicos es un tema de constante y antigua discusión tanto de la filosofía cuanto de la teoría del derecho, siendo que “comprender correctamente como son aplicados, en especial por los tribunales, no es importante apenas desde el punto de vista técnico del operador jurídico, como también para lanzar luces sobre el fundamento ético del derecho moderno”.

Ese es el entendimiento de Robert Alexy⁷ al afirmar que “solo una teoría de los principios puede conferir adecuadamente validez a contenidos de la razón práctica incorporados al sistema jurídico en el más alto grado de jerarquía y como derecho positivo de aplicación directa”.

Para Robert Alexy⁸ el resultado de la busca ideal de un modelo regla/principio transcurre de la junción de dos argumentos, uno metodológico y otro sustancial: a) la debilidad del orden jurídico, o sea, a imposibilidad de establecerse un orden jurídico completa y la imposibilidad de construirse un sistema de orden jurídica abierto sin la existencia de principios jurídicos para llenar las lagunas decurrente de esa abertura; y b) la necesidad racional de la adopción metodológica de un sistema jurídico abierto para atender al Estado

⁵ “*Common Law*: o termo designa o sistema de leis originalmente baseadas em leis costumeiras e não escritas da Inglaterra, que se desenvolveu a partir da doutrina do precedente. De maneira geral, a expressão refere-se ao conjunto de leis que deriva e se desenvolve a partir das decisões tribunais, em oposição às leis promulgadas através de processo legislativo” (DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 37).

⁶ GALUPPO, Marcelo Campos. **Os princípios jurídicos no estado democrático de** : ensaio sobre o seu modo de aplicação. In: *Revista de Informação Legislativa*, ano 36, nº 143. Brasília, jul./set. 1999. p. 191.

⁷ ALEXY, Robert. **El concepto y la validez del derecho**. 2. ed. Barcelona: Gedisa, 2004. p. 173.

⁸ ALEXY, Robert. 2004. *Op. cit.*, p. 172-173.

Democrático de Derecho llevó al reconocimiento substancial de por lo menos tres principios constitucionales: de la dignidad, de la libertad y de la igualdad. Entonces si de un lado hay un orden jurídico abierta y de otros principios constitucionales necesarios al relleno de las lagunas naturales de esa abertura; solamente una teoría de los principios es capaz de conferir validez concreta a la norma. Entre la ley y su aplicación práctica se tiene los principios jurídicos.

Es en esos términos que tanto Ronald Dworkin cuanto Robert Alexy distinguen principios jurídicos de reglas jurídicas, como se pasa a observar.

Al analizar la cuestión, José Joaquim Gomes Canotilho⁹ acuerda que “la teoría de la metodología jurídica tradicional distinguía entre normas y principios”, con todo la metodología jurídica moderna sugiere que las normas jurídicas son compuestas de principios y reglas, cabe decir, las reglas y principios son dos especies de normas jurídicas. Así, existen las normas jurídicas, en términos generales, y los principios jurídicos y las reglas jurídicas que la componen y que son especies de normas jurídicas.

El término “norma jurídica” se refiere a toda y cualquier proposición jurídica válida. Se trata de una regla de conducta impuesta, admitida o reconocida por el orden jurídico, que actualmente se compone a partir del texto constitucional. Son especies de normas jurídicas los principios jurídicos y las reglas jurídicas.

Para Agustín Alberto Gordillo¹⁰ existen dos grandes clases de normas jurídicas: las normas jurídicas operativas, que son aquellas inmediatamente aplicables, que son auto ejecutivas, pueden ser aplicadas directamente por el Poder Judicial sin la necesidad del añadidura de ley infra constitucional para delimitar su contenido y alcance; y las normas programáticas, que se limitan a fijar un programa que deberá ser seguido por el legislador infra constitucional en la edición de leyes que permitan dar efectividad al derecho en cuestión.

Las normas jurídicas, para Celso Ribeiro Bastos¹¹ se dividen en normas-principios y normas-disposiciones.

Ronald Dworkin¹² entiende que la diferencia entre principios jurídicos y reglas jurídicas es de naturaleza lógica, cabe decir, se distinguen cuanto al tipo de orientación que ofrecen. En sus palabras “las reglas son aplicables a la manera del todo o nada. Dados los hechos que una regla estipula, entonces, o la regla es válida, y en este caso la respuesta que

⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. 2003. *Op. cit.*, p. 1161.

¹⁰ GORDILLO, Agustín Alberto. *Op. cit.*, p. V - 10 e ss.

¹¹ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 20. ed., atual. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 136 e ss.

¹² DWORKIN, Ronald. *Op. cit.*, p. 39.

ella prove debe ser aceptada, o no es válida, y en este caso en nada contribuye para la decisión”. Ya los principios son tipos de patrones que deben ser observados, “no porque va a promover o asegurar una situación económica, política o social considerada deseable, sino porque es una exigencia de justicia o equidad o alguna otra dimensión de la moralidad”¹³. Y los principios jurídicos “mismo aquellos que más se asemejan a reglas no presentan consecuencias jurídicas que se siguen automáticamente cuando las condiciones son dadas”¹⁴.

Sigue destacando las diferencias, testificando que “principios tiene una dimensión que las reglas no poseen – la dimensión de peso o importancia”, siendo que “esa dimensión es una parte integrante del concepto de un principio, de modo que hace sentido preguntar qué peso él tiene o cuán importante él es; ya las reglas jurídicas son poseen esa dimensión, cabe decir, “son funcionalmente importantes o no importantes [...] mas no con la misma intensidad que la dimensión de la importancia (peso) pose para los principios”. Finalmente, en la concurrencia entre principios jurídicos el comportamiento es diferente de lo que ocurre en el caso de concurrencia entre reglas jurídicas¹⁵. En ese sentido:

[...] una regla jurídica puede ser más importante de lo que otra porque ella posee un papel mayor o más importante en la regulación del comportamiento. Mas no se puede decir que una regla es más importante que la que otra dentro del sistema de reglas, de modo que, cuando de los reglas confrontasen, una sobrepondría la otra en virtud de su mayor peso¹⁶.

De acuerdo con el pensamiento de Ronald Dworkin¹⁷ el conflicto entre reglas jurídicas es resuelto en el plan de la validez en la medida en que “si dos reglas confrontan, una de ellas no puede ser una regla válida”. En ese particular apunta a la posibilidad de establecerse una excepción, que permitiría la existencia de las dos reglas confrontantes en el ordenamiento jurídico:

Evidentemente una regla puede tener excepciones (el batidor que sufrió tres *strikes* no está fuera si el pegador deja caer la tercera pelota). Sin embargo, un enunciado preciso de la regla llevaría esta excepción en consideración, y aquél que no lo hiciera estaría incompleto. Si la lista de excepciones es muy larga, sería muy prolijo repetirlas toda vez que la regla es citada. No hay razón, sin embargo, al menos en teoría, que impida de ser añadidas, y cuanto más lo fuera, más completo será el enunciado de la regla¹⁸.

¹³ DWORKIN, Ronald. *Op. cit.*, p. 36.

¹⁴ DWORKIN, Ronald. *Op. cit.*, p. 40.

¹⁵ DWORKIN, Ronald. *Op. cit.*, p. 42; 43.

¹⁶ DWORKIN, Ronald. *Op. cit.*, p. 43.

¹⁷ DWORKIN, Ronald. *Op. cit.*, p. 43.

¹⁸ DWORKIN, Ronald. *Op. cit.*, p. 40.

A pesar de las diferencias relativamente claras que identifica entre principios jurídicos y reglas jurídicas, Ronald Dworkin¹⁹ admite que: “en muchos casos la distinción es difícil de establecer - es posible que no se haya establecido de que manera el patrón debe funcionar y ese punto puede ser el foco original de la controversia”. Cita como ejemplo ilustrativo la primera Enmienda a la Constitución de los Estados Unidos, del 1787:

La primera Enmienda a la Constitución de los Estados Unidos contiene una disposición determinando que el Congreso no puede cercear la libertad de expresión. Será esta una regla, de modo que si alguna ley específica cercear la libertad de palabra, ¿se podrá concluir que se trata de una ley inconstitucional? Los que afirman que la primera enmienda es “un absoluto” dicen que ella debe ser vista de esa manera, esto es, como una regla. ¿O ella meramente enuncia un principio, de modo que, si una limitación de la libertad de expresión fuera descubierta, él será inconstitucional a menos que su contexto revele la existencia de una otra política o principio que, en las circunstancias, tenga fuerza suficiente para permitir esa limitación? Esa es la posición de los que defienden el teste del “peligro real e inminente” o alguna otra forma de “ponderación”²⁰ (subrayado del original).

Para Ronald Dworkin²¹ “es siempre cuestionable si algún principio particular obliga, de hecho, alguna autoridad jurídica. Mas no hay nada en el carácter lógico de un principio que lo convierta incapaz de obligarla”. Más adelante explica que “solamente reglas dictan resultados” siendo que “cuando se obtiene un resultado contrario, la regla es abandonada o cambiada”. Ya los principios jurídicos no funcionan de ese modo, pues “inclinan a decisión en una dirección, aunque de manera no conclusiva. Y sobreviven intactos cuando no prevalecen”.

Esas constataciones demuestran que para Ronald Dworkin el análisis de las especificidades del caso concreto son fundamentales en la definición de qué tipo de norma jurídica se trata, si regla o principio, y en consecuencia de eso identificar cuál debe ser el comportamiento en la solución del caso.

Al explicar el papel de los principios jurídicos en los casos difíciles (*hard cases*), cuando la diferencia en los patrones normativos es verificada de modo más evidente, esclarece que:

En casos como esos, principios desempeñan una parte esencial en los argumentos acerca de derechos y obligaciones jurídicas particulares. Después de decidido, podemos decir que el caso es una regla particular (la regla de que aquel que asesina no está capacitado a ser heredero de la víctima). La regla, sin embargo, no existe

¹⁹ DWORKIN, Ronald. *Op. cit.*, p. 43-44.

²⁰ DWORKIN, Ronald. *Op. cit.*, p. 44.

²¹ DWORKIN, Ronald. *Op. cit.*, p. 56; 57.

antes que el caso haya sido decidido. Las cortes citan los principios como justificación para adoptar y aplicar una nueva regla²².

Es denominado de *hard case*, en la orden jurídico norteamericana, el caso concreto en que: o aún no hay una regla aplicable; o existen más de una regla aplicable; o la solución afrontaría las costumbre locales. Se vea como la función de los principios jurídicos en los casos difíciles se materializa en los siguientes ejemplos relatados por Ronald Dworkin²³ en el caso *Rigg versus Palmer* (1889) “la Corte citó el principio de que nadie puede sacar provecho de su propio error como un patrón puesto como base a partir de la cual se le el derecho sucesorio y, de ese modo, justificó una nueva interpretación de esta ley; ya en el caso *Henningsen versus Bloomfield Motors* 1969) “el tribunal citó una variedad de principios y políticas que interactúa, mientras fuentes de autoridad” en el sentido de producir “una nueva regla acerca de la responsabilidad de los fabricantes por los defectos de los automóviles”. De esa forma destaca el importante papel desempeñado por los principios en la formulación de decisiones jurídicas específicas.

En suma, para Ronald Dworkin²⁴ los principios jurídicos como tipos particulares de patrones son diferentes de las reglas jurídicas.

Haciéndose una lectura comparativa entre las obras del filósofo americano Ronald Dworkin y del filósofo alemán Robert Alexy, se percibe que este acepta la teoría sobre reglas y principios elaborada por Ronald Dworkin e intenta perfeccionarla, incluso para que se coadune con el sistema de derecho positivado reinante en Alemania (*Civil Law*), que difiere en esencia del derecho consuetudinario norteamericano (*Common Law*) para, al final, elaborar su teoría normativa vuelta a los derechos fundamentales.

En ese sentido Robert Alexy²⁵ afirma que la distinción entre reglas jurídicas y principios jurídicos constituye la base de sus argumentos “en favor de un constitucionalismo moderado”, destacando que “tanto las reglas como los principios pueden ser concebidos como normas. Si esto es así, entonces se trata de una distinción dentro de la clase de las normas”. Destaca que “el punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los principios son mandatos de optimización mientras que las reglas tienen el carácter de mandatos definitivos”.

Para tanto defiende que la aplicación práctica de los principios jurídicos depende del previo análisis fáctico y jurídico que envuelven el caso, ya que los principios jurídicos,

²² DWORKIN, Ronald. *Op. cit.*, p. 46.

²³ DWORKIN, Ronald. *Op. cit.*, p. 46.

²⁴ DWORKIN, Ronald. *Op. cit.*, p. 46.

²⁵ ALEXY, Robert. 2004. *Op. cit.*, p. 162.

diferentemente de las reglas jurídicas, sólo obligan a segundo tales condiciones. Siendo así, para la aplicación práctica de los principios jurídicos es preciso tener en cuenta que:

En tanto mandatos de optimización, los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades jurídicas y fácticas. Esto significa que pueden ser satisfechos en grados diferentes y que la medida ordenada de su satisfacción depende no solo de las posibilidades fácticas sino jurídicas, que están determinadas no solo por reglas sino también, esencialmente, por los principios opuestos. Esto último implica que los principios son susceptibles de ponderación y, además, la necesitan²⁶.

La ponderación es la forma de aplicación del derecho que caracteriza las normas jurídicas denominadas de “principios jurídicos”, mientras que las reglas jurídicas son tipos de normas jurídicas que siempre o son o no son satisfechas, sin permisivo al sopesamiento.

De ese modo, se una regla jurídica tiene validez y es aplicable, entonces ordena a hacer exactamente lo que exige nada más y nada menos. En este sentido, las reglas jurídicas contienen determinaciones en el ámbito de lo que es táctico y jurídicamente posible. Su aplicación, entonces, “es una cuestión de todo o nada”, no siendo susceptibles y ni necesitan de ponderación pues “la subsunción es para ellas la forma característica de aplicación del derecho”²⁷.

La principal diferencia entre regla y principio, para Robert Alexy²⁸, “se muestra con gran claridad en el conflicto de reglas y en las colisiones de principios”.

Cuando trata de los derechos fundamentales, como es el caso de esta investigación, Robert Alexy²⁹ verifica que existen inúmeras distinciones teórico-estructurales de las normas de derechos fundamentales, pero, informa que la más importante para la teoría de los derechos fundamentales, principalmente cuanto a la resolución de conflictos y colisiones, es la distinción entre principios jurídicos y reglas jurídicas, pues “sin ella no puede existir una teoría adecuada de los límites, ni una teoría satisfactoria de la colisión, tampoco una teoría suficiente acerca del papel que juegan los derechos fundamentales en el sistema jurídico”.

Para Robert Alexy³⁰ esencialmente la distinción entre reglas y principios es uno de los pilares esenciales del edificio de la teoría de los derechos fundamentales; constituye el marco de una teoría normativo-material de los derechos fundamentales y, con eso, un punto de

²⁶ ALEXY, Robert. 2004. *Op. cit.*, p. 162.

²⁷ ALEXY, Robert. 2004. *Op. cit.*, p. 162.

²⁸ ALEXY, Robert. 2004. *Op. cit.*, p. 162.

²⁹ ALEXY, Robert. **Teoría dos derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001. p. 81.

³⁰ ALEXY, Robert. 2001. *Op. cit.*, p. 81-82.

partida para responder cuestiones sobre la posibilidad y los límites de la racionalidad en esa materia.

Identificando muchos criterios para la distinción entre reglas jurídicas y principios jurídicos, Robert Alexy³¹ sugiere como punto decisivo el entendimiento de que los principios son normas que ordenan la realización de algo en la mayor medida posible dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. En sus palabras:

Los principios son mandatos de optimización que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales, sino también de las jurídicas. [...]. En cambio, las reglas son normas que sólo pueden ser cumplidas o no.

Así, si una regla jurídica es válida debe ser cumplida exactamente en sus términos. Para eso poseen determinaciones en el ámbito fáctico y jurídicamente posible, lo que quiere decir que la diferencia entre regla y principios es cualitativo y no de grado. De ello se infiere que una norma jurídica es una regla jurídica o es un principio jurídico.

Por la “regla de la colisión” o “ley de colisión”, se realiza una ponderación de valores de los intereses opuestos. La ley de colisión trata de la ponderación entre cual de los intereses abstractamente de misma clasificación/jerarquia debe prevalecer porque posee más peso en el caso concreto³².

La solución de la colisión si por medio de las “reglas de colisión” cuando, habiendo en cuenta las circunstancias del caso, se establece entre los principios donde se verifica el conflicto o la tensión, una reacción de precedencia condicionada. La determinación de la relación de precedencia condicionada consiste en que, llevándose en consideración el caso concreto, se indican las condiciones bajo las cuales un principio precede al otro. Bajo otras condiciones, la cuestión de la precedencia puede ser solucionada inversamente. Ese concepto de relación de precedencia condicionada tiene importancia fundamental a la comprensión de la colisión de principios y, con ello, a la teoría de los principios³³.

Tratándose de conflictos entre reglas jurídicas, la solución se da o por la introducción, en una de las reglas, de una cláusula de excepción para dirimir el conflicto; o por la declaración de invalidez de una de las reglas³⁴.

En el caso de colisión de principios la solución debe darse de modo distinto, o sea, en ese caso un principio debe ceder delante del otro. Eso no significa que el declino del principio

³¹ ALEXY, Robert. 2001. *Op. cit.*, p. 86-87.

³² ALEXY, Robert. 2001. *Op. cit.*, p. 90.

³³ ALEXY, Robert. 2001. *Op. cit.*, p. 92.

³⁴ ALEXY, Robert. 2001. *Op. cit.*, p. 88.

lo torna inválido o que en él sea necesaria la inclusión de una cláusula de excepción. Así, en ciertas circunstancias uno de los principios precede al otro y en otras la solución puede ser el inverso. En las palabras de Robert Alexy³⁵:

[...] en los casos concretos los principios tienen diferente peso y que prima el principio con mayor peso. Los conflictos de reglas se llevan a cabo en la dimensión de la validez. La colisión de principios - como sólo pueden entrar en colisión principios válidos - tiene lugar más allá de la dimensión del peso.

Para expresar la idea de la optimización de los principios jurídicos, Robert Alexy³⁶ hace uso de la proporcionalidad, explicando que existe una clara conexión entre principios jurídicos y proporcionalidad, pues “la máxima de proporcionalidad con sus tres máximas parciales [adecuación, necesidad y proporcionalidad estricta] se infiere lógicamente del carácter de principios de las normas y éstas de aquélla”.

Esencialmente la idea de diferenciación entre reglas jurídicas y principios jurídicos en la forma teorizada por Robert Alexy³⁷ se basta en la verificación de que “las normas pueden dividirse en reglas y principios y que entre reglas y principios existe no sólo una diferencia gradual, sino cualitativa”.

Conforme Juan Cianciardo³⁸ dentro de las normas jurídicas existe normas que son principios y normas que son reglas, que conviven armoniosamente en el sistema jurídico. Destaca que los criterios para diferenciarlos son variados y hasta cierto punto complementarios.

El constitucionalista portugués José Joaquim Gomes Canotilho³⁹, siguiendo de cerca la teoría de la metodología jurídica moderna de Ronald Dworkin y Robert Alexy, resalta la dificultad en diferenciarse reglas jurídicas y principios jurídicos, sugiriendo cinco criterios: grado de abstracción; grado de determinación; carácter de fundamentación; proximidad con la idea de derecho; y la naturaleza normo genética. En sus palabras:

a) grado de abstracción: los principios son normas con un grado de abstracción relativamente elevado; de modo diverso, las reglas poseen una abstracción relativamente reducida; b) grado de determinación en la aplicación del caso concreto: los principios, por ser vagos e indeterminados, carecen de mediaciones concretizadas (del legislador, del juez), mientras las reglas son susceptibles de aplicación directa; c) carácter de fundamentación en el sistema de las fuentes de

³⁵ ALEXY, Robert. 2001. *Op. cit.*, p. 89.

³⁶ ALEXY, Robert. 2004. *Op. cit.*, p.172; ALEXY, Robert. 2001. *Op. cit.*, p.111 y ss.

³⁷ ALEXY, Robert. 2001. *Op. cit.*, p. 86.

³⁸ CIANCIARDO, Juan. **Una introducción a los principios constitucionales**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2008. p. 19.

³⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. 2003. *Op. cit.*, p. 1160.

derecho: los principios son normas de naturaleza o con un papel fundamental en el ordenamiento jurídico debido a su posición jerárquica en el sistema de las fuentes (ejemplo: principios constitucionales) o a su importancia estructural dentro del sistema jurídico (ejemplo: principio del Estado de Derecho); d) proximidad de la idea de derecho: los principios son *standards* jurídicamente vinculantes radicados en las exigencias de justicia (Ronald Dworkin) o en la idea de derecho (Karl Larenz); las reglas pueden ser normas vinculadas con un contenido meramente funcional; f) naturaleza normo genética: los principios son fundamento de reglas, es decir, son normas que están en la base o constituyen la ratio de reglas jurídicas, desempeñando, por ello, una función normo genética fundamental (*sic*)⁴⁰.

En este pensar, para diferenciar principios jurídicos y reglas jurídicas es necesario primero responder dos cuestiones básicas: a) si la función del principio es interpretativa (retórica-argumentativa) o si se trata de una norma de conducta; y b) si existe un denominador común entre principios y reglas apenas con diferencia de grado o si existe una diferencia cualitativa⁴¹.

Para este estudio interesan los principios jurídicos definidos como especies de normas jurídicas que son cualitativamente distintas de las otras categorías de normas jurídicas, que son las reglas jurídicas, ya que, como visto, para la teoría de la metodología jurídica moderna las normas jurídicas son compuestas de principios jurídicos y reglas jurídicas.

Cuando se habla en diferencias cualitativas, la referencia es a la conjunción de las teorías de Ronald Dworkin y Robert Alexy, así interpretadas por José Joaquim Gomes Canotilho⁴²:

[...] los principios son normas jurídicas impositivas de una optimización, compatibles con varios grados de concretización, consonante los condicionamientos fácticos y jurídicos; las reglas son normas que prescriben imperativamente una exigencia (imponen, permiten o prohíben), que es o no es cumplida [...]; la convivencia de los principios es conflictual [...], la convivencia de reglas es antinómica; los principios coexisten, las reglas antinómicas se excluyen. Consecuentemente, los principios, al constituir exigencias de optimización, permiten la averiguación de valores e intereses (no obedecen, como las reglas, a la lógica del todo o nada), consonante su peso y la ponderación de otros principios eventualmente incompatible; las reglas no dejan espacio para cualquier otra solución, pues se una regla vale (tiene validez) debe cumplirse en la exacta medida de sus prescripciones, ni más ni menos. [...] en caso de conflictos entre principios, estos pueden ser objeto de ponderación y de armonización, pues ellos contienen apenas exigencias que, *prima facie*, deben ser realizados; las reglas contienen fijaciones normativas definitivas, siendo no sustentable la validez simultánea de reglas contradictorias. Se destaca también que los principios suscitan problemas de validez y peso (importancia, ponderación, valía); las reglas ponen apenas cuestiones de validez (si ellas no son correctas deben ser alteradas).

⁴⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Op. cit.*, p. 1160-1161.

⁴¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. 2003. *Op. cit.*, p. 1161.

⁴² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. 2003. *Op. cit.*, p. 1161-1162.

Esa diferenciación es importante pues un sistema jurídico para ser adecuado necesita ser compuesto de reglas y principios, he aquí que permite la “descodificación” de la estructura sistémica, permitiendo la compresión de los sistemas jurídicos contemporáneos como “sistema normativo abierto de reglas y principios”, construido a partir y en el entorno del texto constitucional.

Como explica José Joaquim Gomes Canotilho⁴³, un modelo de sistema jurídico-normativo constituido exclusivamente con reglas conduciría a un sistema de limitada racionalidad práctica; ya un modelo el sistema jurídico-normativo basado exclusivamente en principios llevaría a consecuencias también inaceptables, o sea:

[...] la indeterminación, la inexistencia de reglas precisas, la coexistencia de principios confrontantes, la dependencia del posible fático y jurídico, sólo podrían conducir a un sistema fallo de seguridad jurídica y tendencialmente incapaz de reducir a complejidad del propio sistema⁴⁴.

Es en este contexto que, por vía de reglas, se constituyen los modernos sistema jurídico-constitucionales. Se trata de un sistema normativo abierto, formado por principios y reglas. Por su vez, tanto los principios cuando las reglas reciben tipología propia.

1.2 PRINCIPIOS Y REGLAS Y SUS ESPECIES

Son numerosas las clasificaciones apuntadas por la doctrina para fundamentar a los tipos de principios jurídicos y de reglas jurídicas. Esa variedad de alcances hace con que los principios sean versátiles, vale decir, sirven para diversos propósitos. No obstante, “la falta de precisión sobre los significados muchas veces genera confusiones y malentendidos”⁴⁵. En ese momento de la búsqueda se utiliza como referencial teórico fundamental la doctrina de José Joaquim Gomes Canotilho⁴⁶.

1.2.1 Tipología de los principios jurídicos

El orden jurídico de los Estados Democráticos de Derecho contemporáneos, cabe decir, donde todos convencionan someterse a las reglas de derecho, y el poder político se

⁴³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. 2003. *Op cit.*, p. 1161-1162.

⁴⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. 2003. *Op cit.*, p. 1162.

⁴⁵ OTEIZA, Eduardo. **Principios procesales: aclaraciones para contrarrestar su ambigüedad.** In: *Revista Eletrônica Temas Atuais de Processo Civil*, vol. 01, nº 06, p. 04-20. Dez./2011. Disponível em: <<http://www.temasatuaisprocessocivil.com.br>>. Acesso em: 08 abr. 2014. p. 04.

⁴⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. 2003. *Op cit.*, p. 1164-1175.

subordina a la soberanía popular, están instituidos a partir de un sistema normativo abierto de reglas y principios.

Eso porque la configuración jurídica y social moderna es resultado de la formación del Estado bajo el ordenamiento de la Constitución, que con el pasar del tiempo, principalmente después de las revoluciones burguesas⁴⁷, se inclinó a actuar como instrumento de cambio social enraizada en los derechos humanos, en el valor inherente al ser humano y en la obediencia a los derechos (libertad, igualdad y fraternidad), lo que le otorga una cualificación jurídica de alto reconocimiento la dignidad humana.

Los principios jurídicos son, conforme Celso Antonio Bandeira de Mello⁴⁸:

[...] mandamientos nucleares de un sistema, verdaderos alicerces, disposiciones fundamentales que se irradian sobre diferentes normas componiéndolas el espíritu y sirviendo de criterio para su exacta comprensión e inteligencia exactamente por definir la lógica y la racionalidad del sistema normativo, en lo que lo confiere la tónica y lo da sentido armónico. Es el conocimiento de los principios que preside la intelección de las diferentes partes componentes del todo unitario que hay por nombre sistema jurídico positivo.

Prosigue comentando que es innegable la importancia de la función de sustentación, interpretación y integración del ordenamiento jurídico que tienen los principios jurídicos. En sus palabras:

Violar un principio es mucho más grave que transgredir una norma cualquiera. La falta de atención al principio implica ofensa no solo a un específico mandamiento obligatorio, si no también a todo el sistema de comandos. Es la más grave forma de ilegalidad o inconstitucionalidad, conforme el escalón del principio afectado, porque representa insurgencia contra todo el sistema, subversión de sus valores fundamentales, contumacia irremisible a su contenido lógico y corrosión de su estructura maestra⁴⁹.

Miguel Reale⁵⁰ puntualiza que no se puede confundir los principios doctrinarios, que son aquellos informativos en la elaboración del derecho, con los principios ya tallados en la legislación o decurrentes de la sistematización jurídica positivada. Prosigue destacando que los ejemplos de los principios jurídicos “indican su complejidad y variedad y son suficientes

⁴⁷ Principais revoluções burguesas ao longo da história ocidental: Revolução Puritana, que aconteceu na Inglaterra, em 1640; a Revolução Gloriosa, também na Inglaterra, em 1688; a Revolução Americana, que ocorreu nos Estados Unidos da América - EUA, em 1776; e a Revolução Francesa, que adveio na França, em 1789.

⁴⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de administrativo**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 771-772.

⁴⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Op. cit.*, p. 772.

⁵⁰ REALE, Miguel. **Lições preliminares de** . 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 300.

para demostrar que no constituyen preceptos morales o económicos, mas esquemas inseridos en la experiencia jurídica y en los componentes del derecho”⁵¹.

Para el filósofo de derecho argentino Genaro R. Carrió⁵² (1922 - 1997) principio jurídico es el:

[...] pensamiento directivo que domina y sirve de base a la formación de las singulares disposiciones de derecho de una institución jurídica, de un código o de todo un derecho positivo. El principio encarna el más alto sentido de una ley o institución de derecho, el motivo dominante, la razón informadora del derecho aquella idea cardinal bajo la que se cobijan y por la que se explican los preceptos particulares, a tal punto, que éstos se hallan con aquélla en la propia relación lógica que la consecuencia al principio de donde se derivan.

Dentro del sistema abierto de normas jurídicas los principios son clasificados por José Joaquim Gomes Canotilho⁵³ en: fundamentales, políticos, impositivos y de garantía.

Por su vez José Afonso da Silva⁵⁴ prefiere agruparlos en principios políticos-constitucionales y principios jurídico-constitucionales⁵⁵. En esencia esta sistematización didáctica de modo no similar no produce resultados significativamente diferentes a lo que dice respecto al contenido.

Ya para Jorge Miranda⁵⁶ los principios jurídicos son clasificados en sustantivos y adjetivos o instrumentales, siendo que los principios jurídicos sustantivos se subdividen en tres categorías, a saber: a) de los principios axiológicos fundamentales: límites transcendentales del poder constituyente, vía de positivo del derecho natural (ejemplo el derecho de defensa); b) de los principios político-constitucionales: que limitan el Poder Constituyente y los signos específicos de cada Constitución material delante de las demás, reflejando las opciones de cada régimen (por ejemplo, el principio democrático) y c) de los principios constitucionales instrumentales: que forman la estructura del sistema constitucional cuanto a su racionalidad y operación.

⁵¹ REALE, Miguel. *Op. cit.*, p. 302.

⁵² CARRIÓ, Genaro R. **Principios jurídicos y positivismo jurídico**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1970. p. 33.

⁵³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. 2003. *Op. cit.*, p. 1164.

⁵⁴ SILVA, José Afonso 2000. *Op. cit.*, p. 96 e ss.

⁵⁵ SILVA, José Afonso da. **Os princípios constitucionais fundamentais**. In: *Revista do Tribunal Regional Federal 1ª Região*, vol. 06, nº 04, p. 17-22. Brasília: RTRF1ªR, out./dez., 1994. p. 18.

⁵⁶ MIRANDA, Jorge. 2000b. *Op. cit.*, p. 146.

1.2.1.1 Principios jurídicos fundamentales

Los principios jurídicos fundamentales son aquellos “históricamente objetivados y progresivamente introducidos en la consciencia jurídica y que encuentran una recepción expresa o implícita en el texto constitucional”⁵⁷.

Los principios jurídicos fundamentales son principios normativos que hacen parte del “orden jurídico positiva y constituyen un importante fundamento para la interpretación, integración, conocimiento y aplicación del derecho positivo”. En ese contexto, se puede decir que poseen una función negativa, cuando imponen límites al poder del Estado; y una función positiva, cuando informan materialmente los actos de los poderes públicos. El aspecto positivo y el negativo de los principios jurídicos fundamentales son simultáneos, o sea, al paso que prohíbe el arbitrio (negatividad), impone (positividad) la exigibilidad, adecuación y proporcionalidad de los actos de los poderes públicos en relación a los finales perseguidos⁵⁸. En las explicaciones de Ruy Samuel Espíndola⁵⁹:

[...] por eficacia positiva de los principios, se entiende la inspiración, la luz hermenéutica y normativa lanzadas en el acto de aplicar el Derecho, que conduce a determinadas soluciones en cada caso, Segun la finalidad perseguida por los principios inescindibles en el mismo; por eficacia negativa de los principios, se entiende que decisiones, reglas, o mismo, sub principios que se contrapongan a principios serán inválidos, por contraste normativo.

Como consecuencia, la dimensión determinante (positiva y negativa) de los principios jurídicos fundamentales provee directivas materiales de interpretación de las normas constitucionales y “vinculan el legislador en el momento legiferante, de modo a poder decirse ser la libertad de conformación legislativa positiva y negativamente vinculada por los principios jurídicos generales”⁶⁰.

Los principios jurídicos fundamentales “son principios históricamente objetivados y progresivamente introducidos en la consciencia, encontrando una recepción expresa o implícita en el Texto Constitucional”. Se tratan de “principios que ejercen una función tanto en su aspecto positivo cuanto en el negativo”. Son ejemplos de esos principios jurídicos fundamentales el principio de la publicidad de los actos jurídicos, el principio del libre acceso

⁵⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. 2003. *Op. cit.*, p. 1165.

⁵⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. 2003. *Op. cit.*, p. 1165,

⁵⁹ ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de principios constitucionais**. São Paulo: Revista Tribunais, 1999. p. 55.

⁶⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. 2003. *Op. cit.*, p. 1166.

a los derechos y al poder judicial y el principio de la imparcialidad de la administración pública⁶¹.

En la definición de José Afonso da Silva⁶² los principios jurídico-constitucionales “son principios constitucionales generales informadores del orden jurídico nacional” que “decoren de ciertas normas constitucionales” y que, normalmente:

[...] constituyen desdoblamientos (o principios derivados) de los fundamentales, como el principio de la supremacía de la constitución y el consecuente principio de la constitucionalidad, el principio de la legalidad, el principio de la isonomía, el principio de la autonomía individual, decurrente de la declaración de los derechos, o de la protección social de los trabajadores, fluyente de declaración de los derechos sociales, lo de la protección de la familia, de la enseñanza y de la cultura, lo de la independencia de la magistratura, lo de la autonomía municipal, los de la organización y representación partidaria, y los llamados “principios-garantía” (lo de lo *nullum crimen sine lege* y de la *nulla poena sine lege*, lo de lo debido proceso legal, lo de lo juez natural, lo de lo contradictorio entre otros, que figuran en los incisos XXXVIII la LX del artículo 5º de la Constitución Federal de 1988).

En la idea de José Afonso da Silva los principios-garantía están insertos en el concepto de principios jurídicos fundamentales. Pero, en esta búsqueda, siguiendo la clasificación didáctica de José Joaquim Gomes Canotilho, su abordajes será hecha más adelante, en el tópico 3.2.1.4.

1.2.1.2 Principios políticamente conformadores

Son entendidos como principios políticos constitucionalmente conformadores “los principios constitucionales que explicitan las valoraciones políticas fundamentales del legislador constituyente”. En estos principios jurídicos están condensadas las opciones políticas nucleares y en ellos se refleja la ideología que inspira la Constitución. Los principios políticos-constitucionales, al expresar en una asamblea constituyente las concepciones políticas triunfantes o dominantes, forman “el cerne político de una Constitución política”⁶³.

Los principios políticamente conformadores “explicitan las valoraciones políticas fundamentales del legislador constituyente”. Es por medio de esos principios jurídicos que la Constitución asume fundamentalmente sus opciones políticas más importantes. Como

⁶¹ BASTOS, Celso Ribeiro. *Op. cit.*, p. 000.

⁶² SILVA, José Afonso da. 2000. *Op. cit.*, p. 97.

⁶³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. 2003. *Op. cit.*, p. 1166.

recurrencia, es natural que también sean los principios políticamente conformadores “que sufran mayores alteraciones por ocasión de las revoluciones”⁶⁴.

En la sede de los principios políticos constitucionalmente conformadores, están situados los principios definidores de la forma de Estado, de la estructura del Estado, estructurantes del régimen político y característicos de la forma de gobierno.

Los “principios definidores de la forma de Estado” son aquellos que tratan de la organización económico-social, a ejemplo del principio de la subordinación del poder económico al poder político democrático y del principio de la coexistencia de los diversos sectores de la propiedad (público, privado y cooperativo).

Ya los “principios definidores de la estructura del Estado” son aquellos que dicen si el Estado es unitario, descentralizado, federado, autónomo.

Se entiende por “principios estructurantes del régimen político” el principio del Estado de Derecho, el principio democrático, el principio republicano y el principio pluralista.

Por fin, “los principios caracterizadores de la forma de gobierno y de la organización política en general” son los principios electorales y el principio de la separación e interdependencia de poderes del Estado.

Los principios políticos constitucionalmente conformadores, a la moda de los principios jurídicos fundamentales, son principios normativos y operantes que todos los órganos encargados de la aplicación del derecho deben llevar en consideración, sea en las actividades de interpretación, sea en actos inequívocamente conformadores (leyes, actos normativos)⁶⁵.

En la aquiescencia José Afonso da Silva⁶⁶, los principios políticos-constitucionales son comprendidos como las decisiones políticas de carácter fundamental, traducidas en “normas conformadoras del sistema constitucional positivo” y son comprendidas como:

[...] normas-principio, es decir, normas fundamentales de que derivan lógicamente (y en que, por lo tanto, ya se manifiestan implícitamente) las normas particulares regulando inmediatamente relaciones específicas de la vida social. Se manifiestan como principios constitucionales fundamentales, positivados en normas-principio que traducen las opciones políticas fundamentales conformadoras de la Constitución, Según José Joaquim Gomes Canotilho o, de otro cuadrante, son decisiones políticas fundamentales sobre la particular forma de existencia política de la nación, en la concepción de Carl Schmitt.

⁶⁴ BASTOS, Celso Ribeiro. *Op. cit.*, p. 000.

⁶⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. 2003. *Op. cit.*, p. 1166.

⁶⁶ SILVA, José Afonso da. 2000. *Op. cit.*, p. 97.

Los principios fundamentales, en la Constitución Federal de 1988, están inseridos en los artículos 1° a 4°, del título I, de la Constitución Federal de 1988⁶⁷.

1.2.1.3 Los principios constitucionales impositivos

Los principios constitucionales impositivos se caracterizan por imponer a los órganos del Estado, principalmente al legislador, la realización de fines y la ejecución de tareas. Son conocidos también como “normas programáticas”.

Se dice que son “principios constitucionales impositivos” aquellos que “imponen a los órganos del Estado, sobre todo al legislador, la realización de fines y la ejecución de tareas. Son, por lo tanto, principios dinámicos, prospectivamente orientados”⁶⁸.

José Joaquim Gomes Canotilho⁶⁹ informa que los principios constitucionales impositivos son designados de diversas formas, de entre ellas, como “preceptos definidores de los fines del Estado”, “principios directivos fundamentales” el “normas programáticas, definidoras de fines o tareas”.

Esos principios trazan directrices para la actividad política y legislativa del Estado. Son las normas que tiene por objeto “trazar los fines públicos a ser alcanzados por el Estado”⁷⁰.

1.2.1.4 Los principios-garantía

La cuarta categoría de principios jurídicos es la de los principios-garantía. Son principios más direccionados a la base de garantías de los ciudadanos y, por esa razón, el legislador se encuentra estrictamente vinculado a su aplicación⁷¹.

Los principios-garantía son aquellos que busca instituir directa y inmediatamente una garantía de los ciudadanos. Reciben características de auténtica norma jurídica con fuerza determinante, positiva y negativa. Por ejemplo, el principio del *nullum crimen sine lege*, del *in dubio pro reo*, del *non bis in idem*, del *nulla poena sine lege*, del debido proceso legal, del juez natural, del contradictorio, entre otros (ver por ejemplo, los incisos XXXVIII a LX del artículo 5°, de la Constitución Federal Brasileña de 1988).

⁶⁷ SILVA, José Afonso da. 1994. *Op. cit.*, p. 19.

⁶⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. 2003. *Op. cit.*, p. 1166-1167.

⁶⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. 2003. *Op. cit.*, p. 1167.

⁷⁰ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Op. cit.*, p. 31.

⁷¹ BASTOS, Celso Ribeiro. *Op. cit.*, p. 000.

Básicamente estos principios se manifiestan en el establecimiento de garantías para los ciudadanos y son llamados de “principios en forma de norma jurídica”, siendo que el legislador está estrictamente vinculado a su aplicación⁷². Se puede decir, entonces, que los derechos básicos del proceso legal son principios especiales incluidos en el género “principios-garantía”.

1.2.2 Tipología de reglas

Son mucho los tipos de reglas jurídicas propuestas por la doctrina y cada cual tiene su importancia ya que son múltiples los criterios por los cuales pueden ser clasificadas. José Joaquim Gomes Canotilho⁷³ las agrupa en reglas jurídico-organizativas y reglas jurídicos-materiales.

1.2.2.1 Reglas jurídico-organizativas

Las reglas jurídico-organizativas pueden ser de competencia, orgánicas y de procedimiento.

Las “reglas jurídico-organizativas de competencia” son aquellas en las cuales es posible reconocer ciertas atribuciones a determinados órganos constitucionales el establecen esferas de competencia entre los diversos órganos constitucionales. Esas reglas son básicamente aquellas relacionadas a la organización del poder político.

Ya las “reglas jurídico-organizativas de creación de órganos”, también denominadas de “reglas jurídicas orgánicas”, y que están directamente atadas con las reglas jurídicas de competencia, tiene por designio “disciplinar normalmente la creación o institución constitucional de ciertos órganos”. En el caso de, además de la creación, fijas las atribuciones y las competencias de los órganos, son denominadas de “normas orgánicas y de competencia”. Existen también situaciones en que las reglas jurídicas de creación de órganos se limitan a afirmar a existencia constitucional de determinado órgano, bien como su proceso de formación por medio de voto o de decisión de otro órgano, más sin fijar la competencia⁷⁴.

⁷² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. 2003. *Op. cit.*, p. 1167.

⁷³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. 2003. *Op. cit.*, p. 1168.

⁷⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. 2003. *Op. cit.*, p. 1169.

Por fin, están las “reglas jurídicas de procedimiento”, así definidas por José Joaquim Gomes Canotilho⁷⁵:

Una de las técnicas de legiferación constitucional (de legislación constituyente) es la de establecer normas procedimentales apenas en los casos en que el procedimiento es un elemento fundamental de la formación de la voluntad política y del ejercicio de las competencias constitucionalmente consagradas.

Como se ve las reglas jurídico-organizativas son complejas y con gran diversidad de funciones: función estructural de las organizaciones (individualización de los órganos, esquema organizativos interno de cada órgano); función atributiva de un poder (competencia); función distributiva de competencias (que se da por varios órganos de un ente público como, por ejemplo, las normas que distribuyen la competencia del gobierno; y función procedimental o procesal (se relaciona al procedimiento de elaboraciones de la ley, al procedimiento de un acto administrativo, al procedimiento para el control de la constitucionalidad de las normas).

1.2.2.2 Reglas jurídicos-materiales

Las reglas jurídicos-materiales pueden ser de cuatro tipos: reglas jurídicas de derechos fundamentales; reglas jurídicas de garantías constitucionales; reglas jurídicas determinadoras de fines y tareas del Estado; y reglas jurídicas constitucionales impositivas.

Son comprendidas como “reglas jurídicas de derechos fundamentales” los preceptos constitucionales que se destinan al reconocimiento, a la garantía el a la conformación constitutiva de derechos fundamentales. La importancia de ese tipo de regla jurídica está en la finalidad de “asegurar un *status* jurídico-material a los ciudadanos”⁷⁶.

Las “reglas jurídicas de garantías institucionales”, a su vez, se destinan para la protección de las instituciones públicas el privadas. En muchas veces esas reglas jurídicas son asociadas a las reglas de derecho fundamentales, en el objetivo de “proteger formas de vida y de organización social indispensables a la propia protección de derechos de los ciudadanos”⁷⁷.

Se destaca que las garantías institucionales son protegidas constitucionalmente y visan menos firmar, conservar o mantener ciertas instituciones naturales, que impedir su sumisión a la amplia discrecionalidad de los órganos estatales, proteger la institución y defender el

⁷⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. 2003. *Op. cit.*, p. 1169.

⁷⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. 2003. *Op. cit.*, p. 1170.

⁷⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. 2003. *Op. cit.*, p. 1170.

ciudadano contra injerencias desproporcionadas o coactivas. Lo que se quiere enfatizar es que las garantías institucionales deben contribuir primero para la optimización de la efectividad de los derechos fundamentales, para después, en un segundo momento, fijar y estabilizar entes institucionales⁷⁸.

Las “reglas jurídicas determinadoras de fines y tareas del Estado” deben ser asociadas a los principios jurídicos impositivos, y se traducen en los “preceptos constitucionales que, de una forma global y abstracta, fijan esencialmente los fines y las tareas prioritarias del Estado”. Se destaca, juntamente con José Joaquim Gomes Canotilho⁷⁹, que “algunas normas fijadoras de fines o tareas del Estado están relacionadas con la realización y garantía de los derechos de los ciudadanos, principalmente con los derechos económicos, sociales y culturales”. Muchas veces esas reglas jurídicas no poseen densidad suficiente para sustentar directamente derechos y deberes de los ciudadanos, mas cualquier norma contraria a su contenido vinculativo debe ser considerada inconstitucional.

Por fin, las “reglas jurídicas impositivas” se presentan directamente atadas a las normas determinadoras de fines y tareas y a los principios constitucionalmente impositivos. Las reglas jurídicas impositivas en sentido amplio son todas aquellas que fijan tareas y directivas materiales al Estado; en el sentido restringido son las imposiciones constitucionales de carácter permanente y concreto.

1.3 PRINCIPIOS JURÍDICO-CONSTITUCIONALES ESPECIALES

Los principios del derecho - traducidos en la actualidad en principios constitucionales, pues los Estados Democráticos de Derecho son regidos y giran en el entorno de las Constituciones Nacionales - pueden ser agrupados en dos categorías: principios políticos y principios jurídicos. Pero entendemos que es de lo principios jurídicos insertos el la normativa constitucional que surgen los principios políticos constitucionalmente positivados.

Los principios políticos son los principios constitucionales fundamentales y los principios jurídicos son los principios generales del derecho constitucional. Al decir Afonso da Silva⁸⁰ es necesario identificar los elementos que diferencian esas dos clases de principios, explicando que los principios constitucionales fundamentales integran el derecho constitucional positivo, traduciéndose en normas fundamentales, normas-síntesis o normas-

⁷⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. 2003. *Op. cit.*, p. 1171.

⁷⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. 2003. *Op. cit.*, p. 1172.

⁸⁰ SILVA, José Afonso da. 2000. *Op. cit.*, p. 99.

matrices, que explicitan las valoraciones políticas fundamentales del Legislador Constituyente, reglas jurídicas que contienen las decisiones políticas fundamentales que el Legislador Constituyente acogió en el documento constitucional; mientras que los principios generales del derecho constitucional “forman temas de una teoría general del derecho constitucional, por envolver conceptos generales, relaciones, objetos, que pueden tener su estudio destacado de la dogmática jurídico-constitucional”.

De eso se infiere que los principios jurídicos son principios jurídico-constitucionales fundamentales informadores del orden jurídico nacional. Transcurren de ciertas normas constitucionales y muchas veces constituyen desdoblamientos de los principios políticos fundamentales. Los principios jurídico-constitucionales fundamentales son clasificados en principios generales y principios específicos y especiales.

De acuerdo con Deocleciano Torrieri Guimarães⁸¹, los principios generales “son criterios mayores, muchas veces no escritos, que están presentes en cada rama del derecho”. Significa decir que los principios jurídicos generales tienen su fundamentación básica en el derecho natural, ya que su vigencia no depende de la existencia de cualquier documento o precepto escrito. Ya “los principios específicos informan derechos especiales, limitados a la rama del derecho que pretenden regular”.

No obstante la separación doctrinaria entre “principios políticos fundamentales” y “principios jurídicos fundamentales”, es importante resaltar que existe una profunda integración principiológica y por eso, eventualmente unos principios pueden venir incorporados en los otros⁸².

Los principios jurídico-constitucionales específicos son aquellos que resultan la base de las varias ramas de derecho. Debemos recordar que para ser mejor estudiado, aplicado y desarrollado, el derecho fue didácticamente dividido en ramas, de acuerdo con especialidad de la materia que disciplina. Así, si hay derecho civil, derecho penal, derecho del trabajo y otras ramas autónomas unidas por el tronco del derecho.

Hely Lopes Meirelles⁸³ expone que “el derecho es un tronco de donde se expanden todas las ramas de la ciencia jurídica”. El derecho tiene por objeto general el comportamiento humano en la sociedad, cabe decir, “visa disciplinar las relaciones entre los seres humanos” en su convivio entre los pares, en sociedad⁸⁴. Esas relaciones sociales pueden ocurrir de

⁸¹ GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri. *Op. cit.*, p. 451.

⁸² SILVA, José Afonso da. 2000. *Op. cit.*, p. 99.

⁸³ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 19 ed. São Paulo: Revista Tribunais, 1994. p. 112.

⁸⁴ FARIA, Anacleto de Oliveira. **Instituições de** . 5. ed. São Paulo: Revista Tribunais, 1980. p. 13.

diversas formas: “o entre particulares unos para con los otros, o entre particulares y el Estado, o aún, de Estados (personas jurídicas de derecho público) entre sí”⁸⁵.

Tal concepción conduce a la división fundamental del derecho: si se trata de relaciones entre particulares se tiene el derecho privado; al contrario, si existe en las mismas, la participación de cualquier persona jurídica de derecho público, se tiene el derecho público. De esta forma, de la primera dicotomía del derecho en dos grandes ramas: derecho público y derecho privado, la ciencia jurídica convive, hoy, con varios segmentos (ramas).

En efecto, en el derecho público son denominados de “ramas” o principales segmentos el derecho constitucional, el derecho administrativo, el derecho procesal civil, el derecho procesal penal, el derecho financiero y el derecho tributario, de entre otros. Por su vez, el derecho privado se subdivide en derecho civil y derecho comercial. Esa clasificación envuelve lo que se puede llamar de “principales ramas del derecho público” y “principales ramas del derecho privado”.

En la actualidad ya existe cierta discusión sobre la viabilidad de la clásica división dicotómica romana del derecho en público y privado, principalmente debido a la complejidad de las relaciones actuales y al reciente fenómeno de la constitucionalización de los derechos. De hecho, en la práctica del derecho ya no tiene tanta importancia como en el pasado, pues el derecho es comprendido como un todo sistematizado y se vislumbra en algunas ramas de la ciencia jurídica.

Maria Celina Bodin de Moraes⁸⁶, sostiene:

[...] mediante a tantas alteraciones, derecho privado y derecho público tuvieron modificados sus significados originarios: el derecho privado dejó de ser el ámbito de la voluntad individual y el derecho público no más se inspira en la subordinación del ciudadano.

En la medida en que el derecho evolucionó, “las normas de una rama y de otra tienden a intercomunicarse con mayor frecuencia, de tal suerte que no es raro oír que se está privatizando el derecho público o, con mayor frecuencia aún, que se está publicitando el derecho privado”. Pero, lo que viene ocurriendo es una socialización del derecho como un todo⁸⁷, lo que se traduce, con más presteza, en la constitucionalización de los derechos, quiere sean ellos públicos o privados.

⁸⁵ FARIA, Anacleto de Oliveira. *Op. cit.*, p. 13.

⁸⁶ MORAES, Maria Celina Bodin de. **A caminho de um civil constitucional**. In: *Revista de Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*, ano 17, vol. 65, p. 21-32. São Paulo, jul./set., 1993. p. 26.

⁸⁷ BRASILCON, Brasileiro de Política e Direito do Consumidor. **O social e o do consumidor: uma nova forma de pensar o e a sociedade**. In: *Brasilcon*, Educação para o Consumo, 2001. Disponível

La discusión sobre la superación o la relectura de la dicotomía público/privada no viene al caso en este estudio. De cualquier forma, a pesar de averiguarse que ya no existe el rigor de otrora en la distinción entre derecho público y derecho privado, es preciso reconocer que permanece latente su aspecto funcional, principalmente en Brasil, porque en el orden jurídico interna de este país es por medio de la división de las ramas del derecho positivo que la justicia es organizada (varas criminales, varas civiles, varas del trabajo) y la manutención de esa diferenciación, en alguna medida, permanece útil para facilitar la prestación jurisdiccional, además de aún contribuir con la estructuración académica de las disciplinas de los cursos de bachillerato en derecho y de especializaciones, por ejemplo.

En suma, el derecho, en el sentido amplio, puede ser concebido como la ciencia que sistematiza las normas necesarias para el equilibrio de las relaciones entre el Estado y los ciudadanos y de estos entre sí, normas estas, impuestas, coercitivamente, por el poder público⁸⁸.

El derecho constitucional, como especialidad del género “derecho”, perteneciente al “derecho público”, trata de la organización política y social del Estado, forma o sistema de Gobierno, sus poderes, funciones y atribuciones, derechos y deberes fundamentales de los ciudadanos⁸⁹. Abarca, así, todas las reglas de naturaleza constitucional y, por consecuencia de la sistematización jurídica y de la jerarquía de las leyes, engloba todas las demás ramas del derecho, aun que de forma reflexiva. Eso quiere significar que los principios jurídicos generales del derecho constitucional positivo tienen aplicación sobre todos las demás ramas de la ciencia jurídica.

Direccionado el tema para el objeto de esta investigación, cabe decir, la anticipación de la tutela como instrumento de protección de los principios constitucionales procesales, es importante destacar que es en el derecho constitucional, “cuyo primacia sobre las demás ramas del derecho se tiene por indiscutible” que el derecho procesal civil encuentra “las directrices jurídico-políticas de su estructura y de su función”. Es en el texto constitucional que son esbozados los principios jurídicos fundamentales del proceso⁹⁰:

[...] tales como lo de la igualdad de las partes mediante la ley procesal (artículo 5º), lo de la ubicuidad de la justicia, por lo cual toda y cualquier lesión de derechos es susceptible de apreciación por los órganos judiciares (artículo 5º, inciso XXXV), lo

em: <<http://www.brasilcon.org.br/web/professores/professoresver.asp?idProfessor=6>>. Acesso em: 27 jul. 2013. p. 01.

⁸⁸ GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri. *Op. cit.*, p. 262.

⁸⁹ GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri. *Op. cit.*, p. 264.

⁹⁰ SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de civil**. 9. ed., vol 1. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 19.

do contradictorio, con asegurar a los acusados plena defensa (artículo 5º, LV), lo de la prohibición de tribunales de excepción (artículo 5º, inciso XXXVII), lo de la prohibición por deuda, multa o costas (artículo 5º, inciso LXVII) etc. si, por un lado, es la Constitución que establece la competencia privativa de la Unión para legislar sobre derecho procesal (artículo 22, inciso I), de otro, en ella también se trazan los principios fundamentales de las leyes de organización judicial, vinculando, aún bajo ese aspecto, aquel derecho constitucional⁹¹.

El derecho procesal civil es una rama de derecho público, además, está en franco proceso de implantación de la constitucionalización de los derechos, que se traduce en la relectura de los derechos a través de los derechos fundamentales, que son los derechos humanos proclamados en las declaraciones internacionales y adheridos por las constituciones enteras. Eso significa que la legitimidad del derecho procesal civil está en el derecho constitucional plasmado en las Constituciones Nacionales.

Al analizar si la condensación sistémica procesal en el texto de la Constitución Federal Brasileña de 1988 hizo surgir una nueva rama jurídica autónoma de derecho procesal, Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover y Cândido Rangel Dinamarco⁹² constatan que se trata de mera opción metodológica para lo ya existente derecho procesal, donde el derecho procesal constitucional pasa a abarcar tanto los principios jurídicos fundamentales del proceso cuanto a la denominada jurisdicción constitucional a través de la “tutela constitucional del proceso”. Así, el derecho procesal constitucional abarca, de un lado la tutela constitucional de los principios fundamentales de la organización judicial y del proceso; y de otro, la jurisdicción constitucional.

Prosiguen explicando que la tutela constitucional de los principios jurídicos fundamentales de la organización judicial dice respecto a las normas jurídico-constitucionales sobre órdenes de la jurisdicción, su competencia y sus garantías. Ya la jurisdicción constitucional comprende el control judicial de la constitucionalidad de las leyes por medio de mecanismos denominados de remedios constitucionales-procesales, como el *habeas corpus*, el *habeas data*, el mandado de seguridad el mandado de injunção y la acción popular.

A su vez la tutela constitucional del proceso es materia referente a la teoría general del proceso, que se subdivide en: derecho de acceso a la justicia el derecho de acción y de defensa y el derecho al proceso el garantías del debido proceso legal. En último análisis, la tutela constitucional del proceso es atinente al acceso amplio a la justicia justa.

⁹¹ SANTOS, Moacyr Amaral. *Op. cit.*, p. 19.

⁹² GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Op. cit.*, p. 84-85.

Nelson Nery Junior⁹³ explica que didácticamente es común decir que:

[...] existe un derecho constitucional procesal, para significar el conjunto de las normas de derecho procesal que se encuentra en la Constitución Federal, al lado de un derecho procesal constitucional, que sería la reunión de los principios para el fin de regular la denominada jurisdicción constitucional.

Aun así como clasificación didáctica no descaracteriza la unidad procesal. Finalmente, el proceso, como instrumento al servicio de la orden jurídico-constitucional, refleje las bases del régimen democrático que las Constituciones Nacionales proclaman. A continuación analizaré los principios constitucionales que fundamentan los procedimientos del proceso civil contemporáneo.

1.4 PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES PROCESALES

Por los principios constitucionales, todo individuo tiene el derecho de dirigirse al Estado-Juez y invocarle la tutela jurisdiccional. Conforme Lino Enrique Palacio⁹⁴ “se denominan principios procesales a las directivas u orientaciones generales en que se funda cada ordenamiento jurídico procesal”.

Adolfo Y. C. Borthwick⁹⁵ presenta la postura de que los principios procesales son construcciones jurídicas convocadas a estructurar ciertas ideas fundamentales del proceso, por medio de las cuales se proyecta determinado sistema cuya finalidad es la realización de las normas sustantivas. Dicho de otro modo, son generalizaciones o conceptos fundamentales que dan forma y carácter a los sistemas procesales.

Clemente Díaz⁹⁶ denomina los principios procesales de “principios generales del derecho procesal”, como “presupuestos políticos que determinan la existencia funcional de un ordenamiento procesal cualquiera”, testificando que “concretan y mediatizan las garantías constitucionales del derecho procesal y en cada uno de aquellos se puede encontrar un entroncamiento directo con una norma constitucional”.

⁹³ NERY JUNIOR, Nelson. 2004. *Op. cit.*, p. 26.

⁹⁴ PALACIO, Lino Enrique. **Derecho Procesal Civil**: nociones generales. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1967. p. 259.

⁹⁵ BORTHWICK, Adolfo E.C. **Principios Procesales**. Prólogo de Jorge W. Peyrano. Buenos Aires: Mário A. Viera Editor, 2003. p. 17.

⁹⁶ Clemente Díaz *apud* BORTHWICK, Adolfo E.C. *Op. cit.*, p. 18-19.

En la definición de Jorge W. Peyrano⁹⁷, los principios procesales son:

Construcciones normativas jurídicas de índole subsidiaria, producto de la más cuidadosa decantación técnico-sistemática de las normas que regulan un proceso dado; no excluyentes, en general, de sus antítesis lógicas o de las consecuencias de éstas; que contribuyen a integrar los vacíos que presente la regulación normativa donde ven la luz; pero cuya primera misión es la de servir de faro para que el intérprete, sea juez, legislador o tratadista, no equivoque el camino y olvide que toda solución procedimental propuesta debe armonizar con ellas, bajo pena de introducir la incoherencia allí donde resulta nefasta; es decir, en el ámbito del proceso.

Basicamente los principios procesales cumplen las siguientes funciones: sirven de base previa a la estructuración de las leyes procesales; facilitan el estudio comparativo entre los diversos ordenamientos procesales en vigor y entre los ordenamientos contemporáneos y aquellos que estuvieron vigentes en otras épocas; y expresan valoraciones jurídicas vigentes, constituyendo importantes instrumentos a la interpretación del derecho⁹⁸. En el mismo sentido:

[...] los principios procesales son directivas generales, en las que se inspira un ordenamiento procesal, llamadas a cumplir tres funciones: a) dar base al legislador para regular los procedimientos judiciales que una determinada comunidad haya de darse; b) operar como elementos de interpretación de las normas procesales en situaciones dudosas o conflictivas; y c) permitir encarar el estudio histórico y comparativo de distintas legislaciones procesales⁹⁹.

Conforme Adolfo Adolfo Y.C. Borthwick¹⁰⁰, los principios procesales, en la medida en que son extraídos de determinado contexto normativo, expresan valores de la respectiva sociedad, y deben ser interpretados, por eso mismo, en un sentido armonico con las necesidades propias del tiempo y del lugar en que serán aplicados.

Cada doctrina enumera clasificación propia de los principios constitucionales procesales generales, que pueden variar de acuerdo con el entendimiento de cada actor y los criterios adoptados. Normalmente consigna en dos dimensiones los principios constitucionales inspiradores del derecho procesal civil brasileño, dividiéndolo conforme orientan el proceso el el procedimiento¹⁰¹.

⁹⁷ Jorge W. Peyrano *apud* BORTHWICK, Adolfo E.C. *Op. cit.*, p. 19.

⁹⁸ PALACIO, Lino Enrique. *Op. cit.*, p. 259.

⁹⁹ BORTHWICK, Adolfo E.C. *Op. cit.*, p. 20.

¹⁰⁰ BORTHWICK, Adolfo E.C. *Op. cit.*, p. 21.

¹⁰¹ Processo é o instrumento utilizado para satisfação da relação jurídica deflagrada, enquanto que o procedimento é a forma material que o caso concreto atinge a satisfação da relação jurídica deflagrada. O processo é o método, isto é, o sistema de compor a lide em juízo através de uma relação jurídica vinculativa de público, enquanto procedimento é a forma material com que o processo se realiza em cada caso concreto (THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Op. cit.*, p. 42 e ss.).

Refiriéndose a los principios vinculados al procedimiento, la forma con que se desarrolla el proceso con las particularidades de cada acción el incidente procesal, se podría elucidativamente, así enumeralos: principio de la oralidad; el principio de la publicidad; principio de la economía procesal y principio de la eventualidad el prevención; de entre otros.

Los principios informativos del proceso, también identificados como los principios del proceso civil en la Constitución Federal Brasileña de 1988 son: principio del debido proceso legal; principio de la recorribilidad y del doble grado de jurisdicción; principio de la isonomia; principio del contradictorio y amplia defensa, principio de la buena fe y lealtad procesal; principio de la verdad real; principio del juez natural; principio de la imparcialidad del juez; principio de la motivación de las decisiones; principio de prohibición de prueba ilícita; principio de la demanda y principio del dispositivo; de entre otros.

En el mismo sentido es la opinión de José Joaquim Gomes Canotilho¹⁰²:

Del principio del Estado de derecho se deduce, sin duda, la exigencia de un “procedimiento justo y adecuado de acceso” al derecho y “de realización del derecho”. Como la realización del derecho es determinada por la conformación jurídica del “procedimiento” y del “proceso”, la Constitución [de la República Portuguesa] contiene algunos principios y normas designados por “garantías generales de procedimientos y de proceso”.

Informa, aún, que las garantías generales de procedimientos y de proceso son: garantías de proceso penal, garantías del procedimiento administrativo y garantías de proceso judicial. Menciona que entre las garantías de proceso judicial están los siguientes principios: del juez legal, de la audición, de igualdad procesal de las partes, de la conformación del proceso Segun los derechos fundamentales y de la fundamentación de los actos judiciales¹⁰³.

Con todo, vía de regla los principios constantemente citados como “principios constitucionales procesales” son: el principio del debido proceso legal, el principio de la isonomia, el principio del contradictorio y amplia defensa, el principio del juez natural, el principio de la no separación de la jurisdicción, el principio de la publicidad de los actos procesales, el principio de la motivación de las decisiones, el principio del doble grado de jurisdicción y el principio de la prohibición de la prueba ilícita¹⁰⁴.

Los principios consagrados constitucionalmente garantizan al ciudadano el libre y amplio acceso al Poder Judicial, con el objetivo de proteger el reparar daño a derecho suyo,

¹⁰² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. 2003. *Op. cit.*, p. 274 (grifos do autor).

¹⁰³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. 2003. *Op. cit.*, p. 374-275.

¹⁰⁴ AMARAL, Júlio Ricardo de Paula. **Princípios de processo civil na Constituição Federal**. In: *Jus Navigandi*, ano 05, nº 46. Teresina, 01 out. 2000. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/771>>. Acesso em: 08 jul. 2013. p. 01.

siendo juzgado por órgano competente, juez imparcial, a través de actos públicos, con pruebas lícitas y legítimas y con decisión fundamentada¹⁰⁵.

Esta garantía se fundamenta en la prohibición de la auto tutela y de la autodefensa impuesta por el Estado a los particulares¹⁰⁶. Así, es en la prohibición de hacerse justicia con las propias manos que está el fundamento del derecho de acción¹⁰⁷.

1.4.1 Principio constitucional del debido proceso legal

En los sistemas jurídicos contemporáneos, tanto el derecho a la acción cuanto a la tutela jurisdiccional, por medio del debido proceso, encuentran amparo en la órbita constitucional. En Brasil eso se da por medio de las disposiciones de los incisos XXXV y LIV, del artículo 5º, de la Constitución Federal Brasileña de 1988¹⁰⁸. El debido proceso legal está íntimamente relacionado con la idea de proceso organizado, que respete cierto formalismo, mas que sea realmente valorativo “y no un formalismo que desprestigie el seguimiento rápido de la demanda y mucho menos de un formalismo que se apegue al extremo a forma sin prezar por la obtención de la solución efectiva de la problemática”¹⁰⁹.

Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover y Cândido Rangel Dinamarco¹¹⁰ por “garantías del debido proceso legal” se entiende el conjunto de garantías constitucionales que, “de un lado, aseguran a las partes el ejercicio de sus facultades y poderes procesales y, del otro, son indispensables al correcto ejercicio de la jurisdicción”, garantías esas que no sirven solamente a los intereses de las partes, como derechos públicos subjetivos el poderes y facultades procesales, pero que configuran, antes de todo, “la salvaguarda del propio proceso, objetivamente considerado, como factor legimitante del ejercicio de la jurisdicción”.

¹⁰⁵ AMARAL, Júlio Ricardo de Paula. *Op. cit.*, p. 01.

¹⁰⁶ TUCCI, Rogério Lauria. **Habeas corpus, ação e processo penal**. São Paulo: Saraiva, 1978. p. 62.

¹⁰⁷ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. vol. I. São Paulo: Saraiva, 1992. p. 255.

¹⁰⁸ “Artigo 5º: [...] XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a ; [...]; LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; [...]” (Constituição Federal de 1988).

¹⁰⁹ THAMAY, Rennan Faria. **A hermenêutica como forma de superação da crise do civil**. In: *Revista Eletrônica Temas Atuais de Processo Civil*, vol. 01, nº 06, p. 67-103. Dez./2011. Disponível em: <<http://www.temasatuaisprocessocivil.com.br>>. Acesso em: 08 abr. 2014. p. 72.

¹¹⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Op. cit.*, p. 88.

Los principios y garantías son consubstanciados en el texto de la Constitución Federal Brasileña de 1988 como forma de defensa del individuo ante al Estado y a los demás ciudadanos, en la busca de un proceso judicial justo.

Las Constituciones contemporáneas, por regla, aseguran a los ciudadanos el derecho al proceso como una de las garantías individuales, siendo que “la justa composición de la contienda sólo puede ser alcanzada cuando se garantiza la tutela jurisdiccional dentro de las normas procesales trazadas por el Derecho Procesal Civil” de las cuales el Estado no puede declinar mediante ninguna causa. Con efecto, es en el conjunto de esas normas del derecho procesal que los principios informativos que inspiran el proceso moderno son consagrados y “propician a las partes la plena defensa de sus intereses y al juez los instrumentos necesarios para la busca de la verdad real, sin lesión de los derechos individuales de los litigantes”¹¹¹.

En la visión de la procesalística moderna todos los principios procesales constitucionales atinentes al proceso civil poseen su génesis en el debido proceso. Por ejemplo, para Marcelo Abelha Rodrigues¹¹² el debido proceso legal “es la fuente mediata o inmediata de los principios judiciales existentes dentro de un sistema jurídico como un todo”.

Leonardo Vizeu Figueiredo¹¹³ destaca que el debido proceso legal es una garantía del ciudadano, constitucionalmente prevista en beneficio de todos, asegurando tanto el ejercicio del derecho de acceso al Poder Judicial, como el desarrollo procesal de acuerdo con normas previamente establecidas. En sus palabras, es un “instituto jurídico que se traduce en el derecho fundamental que tutela, disciplina, limita y procedimentaliza la forma por la cual el Poder Público irá interferir en la esfera de dominio privado del individuo”.

Es considerado por Rui Portanova¹¹⁴ lo más importante de los principios jurídicos procesales, he aquí que asegurando este, resultará garantizado los demás. Esa doctrina argumenta que no es lo bastante que el miembro de la colectividad tenga derecho al proceso; es imprescindible “la absoluta regularidad de este, con la verificación de todos los corolarios de aquel, para el lograr de la referida meta colimada”.

¹¹¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de civil**. 13. ed., v1. Rio de Janeiro: Forense, 1994. p. 26.

¹¹² RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Elementos de civil**. 3. ed., vol. I. São Paulo: Revista Tribunais, 2003. p. 98.

¹¹³ FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Análise do papel dos direitos e garantias fundamentais, do devido processo legal e dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no Estado Democrático de Direito inaugurado com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. In: *Revista Virtual da AGU - Advocacia-Geral da União*, ano VII, nº 70, novembro de 2007. p. 09.

¹¹⁴ PORTANOVA, Rui. **Princípios do processo civil**. 4. edição. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2001. p. 145.

Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover y Cândido Rangel Dinamarco¹¹⁵, como principio constitucional, el debido proceso legal “significa el conjunto de garantías de orden constitucional, que de un lado asegura a las partes el ejercicio de sus facultades y poderes de naturaleza procesal y, de otro, legitima la propia función jurisdiccional”. Finalmente, es posible notar que lo más importante de los principios es el de lo debido proceso legal, ya que asegurando este, estarse ha garantiendo los demás principios jurídicos constitucionales, principalmente aquellos relacionados al proceso, y que de hecho reflejan, en alguna medida, sobre todos los demás derechos y garantías constitucionales.

El valor primordial del referido principio consiste, así, en imponer el respeto a las reglas procesales atinentes al acceso a la justicia, a las formas, a la legitimidad de las partes, a la competencia del juez, a las facultades y a los deberes procesales, al tiempo procesal, a las medidas cautelares, por fin, a todas las reglas condicionantes de un instrumento completo, seguro y eficiente a la mejor protección de los derechos.

La doctrina brasileña¹¹⁶, por regla, define el “debido proceso legal” en los sentidos genérico, material/sustantivo (*substantive due process*) y procesal/adjetivo (*procedural due process*). El principio del debido proceso legal se caracteriza, genéricamente, por el trinomio vida-libertad-propiedad. Es en ese sentido genérico, amplio, que la locución viene expresamente adoptada en la Constitución Federal Brasileña de 1988, inciso LIV, del artículo 5º, que trata de la protección de la libertad y de los bienes. Además del sentido genérico, tiene caracterización bipartida: a) incidencia substancial, he aquí que se manifiesta en todos los campos del derecho material (contenido o materia tratada en la ley o en el acto administrativo, por ejemplo: en el derecho administrativo se manifiesta a través del principio de la legalidad, en el derecho privado se exterioriza por el principio de la autonomía de la voluntad) tiene como objetivo evitar el exceso de poder del Estado sobre el ciudadano; y b) procesal, que significa el deber de propiciar al litigante acceso efectivo a la tutela jurisdiccional. El debido proceso legal, en sentido procesal, embasa todos los demás principios del proceso (juez natural, contradictorio, de tener un defensor, decisión fundamentada, etc.)¹¹⁷.

Alexandre de Moraes¹¹⁸ es coincidente en que “el debido proceso legal configura dupla protección al individuo”, pues actúa tanto en la esfera material de tutela al derecho de

¹¹⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Op. cit.*, p. 88.

¹¹⁶ GOMES, Luiz Fernando da Silveira. **As liminares no processo civil**. Belo Horizonte, Del Rey, 2005. p. 11-20; NERY JUNIOR, Nelson. 2004. *Op. cit.*, p. 63-70.

¹¹⁷ NERY JUNIOR, Nelson. 2004. *Op. cit.*, p. 63 e ss.; GOMES, Luiz Fernando da Silveira. *Op. cit.*, p. 15-16.

¹¹⁸ MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 361.

libertad y propiedad cuanto en el ámbito formal, asegurándole paridad total de condiciones con el Estado-persecutor y plenitud de defensa: “derecho a la defensa técnica, a la publicidad del proceso, a la citación, a la producción amplia de pruebas, de ser procesado y juzgado por el juez competente, a los recursos, a la decisión inmutable, a la revisión criminal”. Normalmente la doctrina brasileña emplea la expresión “debido proceso legal” para significar derecho (el garantía) en el sentido únicamente procesal.

1.4.1.1 Debido proceso legal procedimental el adjetivo

En el ámbito procedimental o adjetivo, el debido proceso legal está asociado al ejercicio de la función jurisdiccional y a las garantías procesales (por ejemplo, inciso LV, del artículo 5º, de la Constitución Federal Brasileña de 1988). En sus orígenes, el debido proceso legal adjetivo, de carácter estrictamente procesal, rechazaba expresamente cualquier connotación substantiva que permitiese al Poder Judicial examinar el carácter injusto el arbitrario del acto legislativo. Su campo de incidencia recaía en el derecho al contradictorio y amplia defensa.

Segun la doctrina clásica, el principio del debido proceso legal “se reporta a los procedimientos que deben ser obedecidos por el Estado cuando se encuentran en juego los derechos relativos a la libertad y a la propiedad”, es decir, “cuando se pretende restringir o mismo revocar los derechos de libertad o de propiedad de los ciudadanos, el Poder Público deberá atender determinadas formalidades, seguir ciertos ritos, considerados como verdaderas garantías de orden procesal”¹¹⁹.

En el sentido procesal, la expresión “debido proceso legal” alcanza significado distinto y más restringido que en el ámbito substancial. Segun Nelson Nery Junior¹²⁰, en el derecho procesal norteamericano, la cláusula (o principio) *procedural due process* significa el deber de propiciarse al litigante los siguientes derechos: a la comunicación adecuada sobre la recomendación o base de la acción gubernamental; a un juez imparcial; a la oportunidad de deducir defensa oral delante el juez; a la presentación de pruebas al juez; la oportunidad de repreguntar los testigos y de contrariar pruebas que fueran utilizadas contra el litigante; lo de

¹¹⁹ GARCIA FILHO, José Carlos Cal. **O conteúdo jurídico do devido processo legal**: interpretação dos direitos e garantias fundamentais. Dissertação apresentada no Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial obtenção do grau de Mestre. Orientador Doutor José Roberto Vieira. Curitiba: Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, 25 mai. 2007. p. 50.

¹²⁰ NERY JUNIOR, Nelson. 2004. *Op. cit.*, p. 68-69.

tener un defensor en el proceso delante el juez o tribunal; y a la decisión fundamentada, con base en lo que consta de los autos.

Prosigue exponiendo que además de los citados requisitos, el principio del debido proceso legal, aún en el derecho procesal norteamericano posee otras consecuencias, tales como: el derecho a un proceso con la necesidad de haber pruebas; el derecho de publicarse y establecerse conferencia preliminar sobre las pruebas que serán producidas; el derecho a una audiencia pública; el derecho a la transcripción de los actos procesales; el juicio por el tribunal del jurado (civil); y el gravamen de la prueba, que el gobierno debe soportar más acentuadamente del que lo litigante individual¹²¹.

Explica, también, que la Suprema Corte de los Estado Unidos da América no definió específicamente la cláusula constitucional (principio) del *due process of law*, pero, admite como justificativa la aplicación de los “principios fundamentales de libertad y justicia”. Cumple a la naturaleza de la acción (civil el criminal) la determinación del alcance del postulado en el proceso, he aquí que “tanto el proceso civil como el penal tiene sus propios patrones de como incidiría en ellos el *due process*”. Y es en ese sentido que la doctrina brasileña ha empleado, a lo largo de los años, la locución “debido proceso legal”, como se puede verificar de la enumeración que se hizo de las garantías de ella oriundas, cuáles sean: el derecho a la citación y al conocimiento de la proporción de la acusación; el derecho a un rápido y público juicio; el derecho al arrolamiento de testigos y a la notificación de las mismas para comparecencia mediante los tribunales; el derecho al procedimiento contradictorio; el derecho de no ser procesado, juzgado o condenado por alegada infracción a las leyes *ex postfacto*; el derecho a la plena igualdad entre acusación y defensa; el derecho contra medidas ilegales de busca y aprehensión; el derecho de no ser acusado ni condenado con base en pruebas ilegalmente obtenidas; el derecho a la asistencia judicial, incluso gratuita; y el privilegio contra la autoincriminación.

Más específicamente cuanto al proceso civil, ya se afirmó ser manifestación del *due process of law*: la igualdad de las partes; la garantía del *jus actionis*; el respeto al derecho de defensa y el contradictorio.

En suma, la garantía del *procedural due process of law* consiste en la “posibilidad efectiva de la parte tener acceso a la justicia, deduciendo pretensión y defendiéndose del modo más amplio posible”. Es con base en esas consideraciones que, para Nelson Nery Junior¹²², sería el suficiente a la consagración constitucional del principio del debido proceso

¹²¹ NERY JUNIOR, Nelson. 2004. *Op. cit.*, p. 69-70.

¹²² NERY JUNIOR, Nelson. 2004. *Op. cit.*, p. 70.

legal acrecida del *caput* del artículo 5º, de la Constitución Federal de 1988, que todas las demás garantías fundamentales derivadas estarían aseguradas. Con todo, la explicitación detallada promovida por el Constituyente de 1988 “es una forma de enfatizar la importancia de esas garantías, norteando la Administración Pública, el Poder Legislativo y el Poder Judicial para que puedan aplicar la cláusula sin mayores indagaciones”¹²³.

La línea de pensamiento en el sentido de la asociación del debido proceso legal a la ocurrencia de un procedimiento adecuado es compartida por Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover y Cândido Rangel Dinamarco¹²⁴, cuando afirman que “se comprende modernamente, en la cláusula del debido proceso legal, el derecho del procedimiento adecuado”, en el sentido de que “no sólo debe el procedimiento ser conducido ‘bajo el palio del contradictorio, como también ha de ser adherente a la realidad social y consentáneo con la relación de derecho material controvertida”.

Es a partir de esa amplitud del principio (cláusula general) del debido proceso legal que, de acuerdo con Nelson Nery Júnior¹²⁵ se torna “inecesaria cualquier otra imposición principio lógica relativamente al proceso civil”. No obstante resalta la importancia de fijarse los criterios de incidencia del principio en sus diversificadas manifestaciones, principalmente a lo que versa sobre los límites de esa incidencia, de manera de no transformar los derechos y garantías fundamentales en “derechos absolutos, oponibles a todo y a todos”, ya que “tal irrestringibilidad no se coaduna con el estado de derecho ni atiende al interés público”.

Entre las garantías constitucionales asociadas al aspecto procedimental del debido proceso legal civil, se pueden enumerar los siguientes principios: el principio del isonomía; el principio del juzgador natural; el principio de la inafastabilidad del control jurisdiccional/principio del derecho de acción/libre acceso al judicial/doble grado de jurisdicción; el principio del contradictorio y amplia defensa; el principio de la prohibición de prueba ilícita; el principio de la publicidad de los actos procesales y de la motivación de las decisiones judiciales, de entre otras garantías constitucionalmente aseguradas.

¹²³ NERY JUNIOR, Nelson. 2004. *Op. cit.*, p. 70. No mesmo sentido é a opinião de José Afonso da Silva (2000, *Op. cit.*, p. 432-433) “o princípio do devido processo legal entra agora no Direito Constitucional positivo com um enunciado que vem da Carta Magna inglesa: ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal (artigo 5º, inciso LIV). Combinado com o direito de acesso à Justiça (artigo 5º, inciso XXXV) e o contraditório e a plenitude de defesa (artigo 5º, inciso LV), fecha-se o ciclo das garantias processuais. Garante-se o processo, e quando se fala em “processo”, e não em simples procedimento, alude-se, sem dúvida, a formas instrumentais adequadas, a fim de que a prestação jurisdiccional, quando entregue Estado, dê a cada um o que é seu, segundo os imperativos da ordem jurídica. E isso envolve a garantia do contraditório, a plenitude do direito de defesa, a isonomia e a bilateralidade dos atos procedimentais”.

¹²⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Op. cit.*, p. 70.

¹²⁵ NERY JUNIOR, Nelson. 2004. *Op. cit.*, p. 71.

En Brasil, la Constitución Federal de 1988 fue responsable por la inauguración de una nueva etapa para el desarrollo del debido proceso legal, principalmente por la novedad de su consagración expresa y “por la extensión de la garantía a los litigantes en proceso civil y laboral, a los acusados en proceso penal y interesados en proceso administrativo”. Como decurso, “es deber reconocernos la existencia de una base principiológica derivada del *due process of law*, a determinar sus límites y alcance en la esfera procesal”¹²⁶.

De esa forma, la comprensión adjetiva del debido proceso legal pasa el análisis de las garantías de naturaleza procesal constitucionalmente consagradas, cuya finalidad es “ordenar el procedimiento y disminuir al máximo el riesgo de intromisiones erróneas en los bienes tutelados”¹²⁷.

1.4.1.2 Debido proceso legal material el substantivo

En el sistema jurídico brasileño¹²⁸, el debido proceso substancial está fundado en la garantía de los derechos fundamentales del ciudadano, principalmente en dos vertientes: el control de los actos administrativos, legislativos y jurisdiccionales y la garantía de la igualdad substancial de las partes en el proceso¹²⁹.

El *substantive due process* (debido proceso legal con contenido sustantivo) figura como límite a los actos del Poder Legislativo, “en el sentido de que las leyes deben ser elaboradas con justicia, deben ser dotadas de razonabilidad (*reasonableness*) y de racionalidad (*rationality*), deben guardar, [...] un real y substancial nexo con el objetivo que se quiere abordar”¹³⁰.

El concepto de “debido proceso legal sustantivo” está umbilicalmente ligado al examen de la razonabilidad y de la proporcionalidad de los actos del Poder Público dirigidos a la restricción de derechos materiales asegurados a los individuos¹³¹, aunque los principios de la razonabilidad y de la proporcionalidad, mientras principios instrumentales de la

¹²⁶ MESQUITA, Gil Ferreira de. **O devido processo legal em seu sentido material**: breves considerações. In: *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, DF: Senado Federal, Subsecretaria de Edições, ano 43, nº 170, p. 209-220, abr./jun. 2006. p. 21.

¹²⁷ GARCIA FILHO, José Carlos Cal. *Op. cit.*, p. 52.

¹²⁸ A Constituição Federal de 1988 trata do devido processo substantivo no inciso LIV, do artigo 5º, *in verbis*: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

¹²⁹ LUIZ NETO, Carlos. **O devido processo legal e a** : uma difícil relação. In: *Revista Virtual da AGU - Advocacia-Geral da União*, ano VII, nº 66, julho de 2007, 12 p. Disponível em: <http://www.escola.agu.gov.br/revista/Ano_VII_julho_2007/devidoprocoss_carlosluiz.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2013. p. 05.

¹³⁰ LUIZ NETO, Carlos. *Op. cit.*, p. 05.

¹³¹ GARCIA FILHO, José Carlos Cal. *Op. cit.*, p. 44.

interpretación constitucional, idealizados por la doctrina y adheridos por la jurisprudencia, no caractericen apenas el debido proceso sustantivo, pues son elementos comunes a ambos los matices del debido proceso legal (adjetivo y sustantivo).

De acuerdo con las constataciones de José Joaquim Gomes Canotilho¹³², primitivamente el principio de la proporcionalidad decía respecto al problema de la limitación del poder ejecutivo, siendo considerado como “medida” para las restricciones administrativas de la libertad individual. Posteriormente, el “principio de la proporcionalidades en sentido amplio”, también conocido por “principio de la prohibición de exceso”, fue erigido a la dignidad de principio constitucional.

El jurista portugués resalta que “discutido es su fundamento constitucional, pues mientras algunos autores pretenden derivarlo del principio del Estado de Derecho otros acentúan que él está íntimamente conectado con los derechos fundamentales” y finaliza expresando que en la cualidad de regla de razonabilidad, desde pronto empezó a influenciar la jurisprudencia de los países de *common law*. Por medio de esa regla el juez intenta evaluar en cada caso las dimensiones del comportamiento razonable llevando en consideración la situación de hecho y la regla del precedente¹³³.

En la opinión de Osvaldo Alfredo Gozaíni¹³⁴ la garantía del debido proceso sustantivo está asociada al “principio de razonabilidad de las leyes y otras normas el actos públicos, el aún privados, como requisito de su propia validez constitucional”, conectándose, también, con “el sentido de justicia en ella contenido, lo cual implica, a su turno, el cumplimiento de exigencias fundamentales de equidad, proporcionalidad y razonabilidad”. El referido autor hace un contraste entre los contenidos: de los actos editados por el Poder Público, de los actos de los particulares y de la Constitución.

Otro aspecto de relevancia del debido proceso legal sustantivo se refiere a su conexión con el principio del isonomía. Parte de la doctrina, según Santiago Dantas¹³⁵, relaciona la cuestión atinente a la razonabilidad de las leyes al principio de la igualdad. Para el citado autor, la ley en sentido formal debe ser dotada de las características de generalidad y abstracción, siendo que “estarían en rota de colisión con el *substantive due process* las reglas editadas en desacuerdo con el principio de isonomía”.

En suma, el concepto de debido proceso legal sustantivo está conectado a los principios de la razonabilidad, de la proporcionalidad y de la isonomía de los actos del Poder

¹³² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. 2003. *Op. cit.*, p. 266-267.

¹³³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. 2003. *Op. cit.*, p. 267.

¹³⁴ Osvaldo Alfredo Gozaíni *apud* GARCIA FILHO, José Carlos Cal. *Op. cit.*, p. 45.

¹³⁵ San Tiago Dantas *apud* GARCIA FILHO, José Carlos Cal. *Op. cit.*, p. 49.

Público, claramente cuando están dirigidos a la restricción de derechos fundamentales asegurados a los ciudadanos. De entre los actos pasivos de control bajo el foco del aspecto material del debido proceso, se destacan los actos legislativos, cuyo contraste de obediencia al debido proceso se da también a través del control de constitucionalidad ejercido por el Poder Judicial¹³⁶.

Digo, entonces, que el debido proceso es una cláusula constitucional completa, que abarca todos los principios jurídico-constitucionales del proceso civil y se traduce en la máxima del acceso amplio a la justicia justa.

En este pensar todos los demás principios procesales constitucionales son derivados del *due process*¹³⁷.

Teniendo como fin la busca de respuestas a la defensa de la anticipación de la tutela como instrumento de protección de los principios constitucionales procesales, son abordados en ese estudio los siguientes principios procesales derivados o corolarios de la máxima del debido proceso: principio constitucional del contradictorio y amplia defensa; principio de tratamiento paritario entre las partes; principio del juez natural; principio de la motivación de las decisiones; principio del doble grado de jurisdicción; principio de la prohibición de la prueba ilícita y principio de publicidad de los actos procesales.

1.4.2 Principio constitucional del contradictorio y amplia defensa

Específicamente sobre la garantía del contradictorio y amplia defensa, es importante enfatizar que en Brasil el Constituyente de 1988, en el texto del inciso LV, del artículo 5º, al prever que “a los litigantes, en proceso judicial o administrativo, y a los acusados en general son asegurados el contradictorio y amplia defensa, con los medios y recursos a ella inherentes”, optó por explicitar que esos derechos son aplicados tanto en los procesos judiciales cuanto en los administrativos, a partir de lo cual la doctrina brasileña pasó a interpretar que “esas y otras garantías constitucionales, antes asociadas apenas al ejercicio de la jurisdicción, pasaban a incidir igualmente en el ámbito del derecho administrativo”¹³⁸.

El principio del contradictorio contiene el enunciado de que todos los actos y términos procesales (o de naturaleza procedimental) deben primar por la ciencia bilateral de las partes,

¹³⁶ GARCIA FILHO, José Carlos Cal. *Op. cit.*, p. 49.

¹³⁷ NERY JUNIOR, Nelson. 2004. *Op. cit.*, p. 72.

¹³⁸ GARCIA FILHO, José Carlos Cal. *Op. cit.*, p. 51.

y por la posibilidad de tales actos ser contestados por medio de alegaciones y pruebas¹³⁹. Se trata de una “garantía constitucional y no un simple derecho subjetivo”, pues “comprende para el actor la posibilidad de poder deducir acción en juicio, alegar y probar y probar hechos constitutivos de su derecho y, cuanto al reo, ser informado sobre la existencia y contenido del proceso y poder reaccionar, es decir, hacerse oír”¹⁴⁰.

El principio del contradictorio, presente en el derecho contemporáneo y de extremada valía, ya existía en el derecho romano y en el derecho germánico primitivo¹⁴¹. Su sobrevivencia a través de los tiempos se debe al hecho de corresponder, por su contenido dialéctico, a las exigencias cada vez más crecientes de un proceso primeramente “liberal” y después “justo”, donde delante de un juicio imparcial, las partes debatirían sus razones en contradictorio¹⁴².

En su acepción más antigua, en los procesos de la inquisición el juez era considerado solo, y delante de sí no se veían seres humanos libres y responsables para defenderse. En tales procesos las partes eran apenas “elementos figurativos”. La sentencia era fruto “del arbitrio solitario de una única voluntad”. Mas este entendimiento fue siendo superado a la medida en que el ser humano pasó a percibir que la realidad unilateral y fragmentaria por naturaleza, sólo puede tornarse menos imperfecta a la medida en que las cosas sean contempladas por más de un ángulo y se pongan en confronto a las diversas imágenes parciales colimadas, y el contradictorio pasó a constituir preciso instrumento de mejor acceso a la verdad¹⁴³.

Actualmente, el juez, de cara a su deber de imparcialidad, se pone entre las partes, pero de forma equidistante a ellas, cuando escucha una, necesariamente debe escuchar la otra, solamente así se dará a ambas la posibilidad de exponer sus razones, de presentar sus pruebas, de influir sobre el convencimiento del juez. Solamente por la porción de parcialidad de las partes, una presentando la tesis y otra la antítesis, es que el juez puede hacer la síntesis¹⁴⁴. Este procedimiento sería establecer el contradictorio entre las partes.

¹³⁹ PORTANOVA, Rui. **Princípios do processo civil**. 4. edição. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2001. p. 160-164.

¹⁴⁰ LOPES, Maria Elizabeth de Castro. **Princípio do contraditório**. p. 101-118. In LOPES, Maria Elizabeth de Castro; OLIVEIRA NETO, Olavo de (coords.). *Princípios processuais civis na Constituição*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 104.

¹⁴¹ SILVA, Ovídio A. Baptista de. **Curso de processo civil**. v. 1, Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1987. p. 55.

¹⁴² SILVA, Ovídio A. Baptista. *Op. cit.*, p. 87.

¹⁴³ SILVA, Ovídio A. Baptista. *Op. cit.*, p. 87.

¹⁴⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Op. cit.*, p. 61.

De acuerdo con Luiz Guilherme Marinoni¹⁴⁵, “el principio del contradictorio, en la actualidad, debe ser dibujado con base en el principio de la igualdad substancial, ya que no puede desligar de las diferencias sociales y económicas que impiden a todos de participar efectivamente del proceso”. Prosigue esclareciendo que:

Para que la participación en el proceso ocurra en igualdad de condiciones, el legislador y el juez deben dispensar tratamiento desigual a los desiguales. Se pregunta entonces cuando ellos deben establecer discriminaciones y, así, sobre los criterios que deben ser seguidos para que la isonomía substancial impere en el proceso.

Segun Vicente Greco Filho¹⁴⁶ el principio del contradictorio es realizado cuando son asegurándose los siguientes elementos:

a) el conocimiento de la demanda por medio de acto formal de citación; b) la oportunidad, en plazo razonable, de contrariarse el pedido inicial; c) la oportunidad de producir prueba y manifestarse sobre la prueba producida por el adversario; d) la oportunidad de estar presente a todos los actos procesales orales, haciendo consignar las observaciones que desear; e) la oportunidad de recurrir de la decisión desfavorable.

Ada Pellegrini Grinover, Antonio Carlos de Araújo Cintra y Cândido Rangel Dinamarco¹⁴⁷ entienden el contradictorio y la amplia defensa como un principio único, constituido por dos elementos: a) información; y b) reacción (esta, meramente posibilitada en los casos de derechos disponibles). Además, no admite excepciones, mismo en tratándose de urgencia, en que el juzgado, para evitar *periculum in mora prove insaudita altera parte*, pues el demandado podrá desarrollar sucesivamente la actividad procesal plena y siempre antes que el proveimiento se torne definitivo. Debido a la naturaleza constitucional del principio-garantía del contradictorio y amplia defensa, debe ser observado no apenas en el aspecto formal, mas principalmente en el sentido substancial, debiendo ser considerada inconstitucional toda regla o acto que no lo respeten.

Nelson Nery Junior¹⁴⁸, por su vez, comprende que el principio del contradictorio se manifiesta por medio del principio del Estado de Derecho y está íntimamente atado al principio de la igualdad procesal de las partes y al derecho de acción, en la medida en que “el

¹⁴⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas de processo civil**. 3. ed., rev. ampl. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 253.

¹⁴⁶ GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro**. 11. ed., vol. 2. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 90.

¹⁴⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Op. cit.*, p. 63.

¹⁴⁸ NERY JÚNIOR, Nelson. 2004. *Op. cit.*, p. 170.

texto constitucional, al garantizar a los litigantes el contradictorio y la amplia defensa, quiere significar que tanto el derecho de acción cuanto el derecho de defensa son manifestaciones del principio del contradictorio”. De ese modo, cuando se habla en contradictorio no hay como no referirse al derecho de acción y al derecho de amplia defensa que debe ser garantizado por el Estado a cada justiciable.

Al lado del principio-garantía del contradictorio, la Constitución Federal Brasileña de 1988 trae la amplia defensa, también expresa en el texto del inciso LV, artículo 5º, y se trata de una derivación de la igualdad por exigir isonomía de condiciones procesales. El principio de la amplia defensa es aplicable en cualquier tipo de proceso que envuelva el poder sancionatorio del Estado sobre las personas físicas y jurídicas, lo que demuestra la relación íntima entre contradictorio y amplia defensa¹⁴⁹.

La amplia defensa se consubstancia en el derecho de las partes de ofrecer argumentos en su favor y de demostrarlos, en los límites en que eso sea más posible. Se conecta, por lo tanto, a los principios de la igualdad y del contradictorio. No supone el principio de la amplia defensa una infinidad de producción defensiva a cualquier tiempo, mas al contrario, que esta se produzca por los medios y elementos totales de alegaciones y pruebas en el tiempo procesal declarado oportuno por ley. La defensa puede ser ejercida por medio de la defensa técnica y también de la autodefensa.

Mayor que el derecho de defensa es el alcance jurídico del derecho del contradictorio entre la acusación y la defensa, cuya violación ofende al principio del debido proceso legal. El contradictorio representa el equilibrio procesal. Todo proceso en que verificarse ofensa a este principio es nulo y pasible de reparación por medio de algún remedio procesal.

Por fin, se destaca que el contradictorio y amplia defensa “no es una generosidad, sino un interés público. Para además de una garantía constitucional de cualquier país, el derecho de defenderse es esencial a todo y cualquier Estado que se pretenda mínimamente democrático”¹⁵⁰.

1.4.3 Principio de tratamiento paritario entre las partes

El principio de tratamiento paritario entre las partes en el proceso adviene de la garantía constitucional de la cual goza todo ciudadano que es la igualdad de tratamiento de todos mediante la ley. Es del principio general de la igualdad que deriva el principio

¹⁴⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2000. p. 402.

¹⁵⁰ PORTANOVA, Rui. *Op. cit.*, p. 125.

específico de la igualdad de las partes en el proceso. De hecho, “la igualdad mediante la ley es la premisa para la afirmación de la igualdad mediante el juez”¹⁵¹ y “dar tratamiento isonómico a las partes significa tratar igualmente los iguales y desigualmente los desiguales, en la exacta medida de sus desigualdades”¹⁵².

De ese modo, el tratamiento desigual es compatible con el principio de la isonomía, “porque trata desigualmente los desiguales, sirviendo de amparo al ciudadano contra los abusos cometidos por el poder público”. Esa es la tendencia del derecho contemporáneo “al que respeta a la facilitación del acceso a la justicia como medio de actuación de los derechos y garantías fundamentales”¹⁵³.

La real función del principio de la igualdad, erigido en el plan constitucional y que condiciona todas las demás ramas de la ciencia jurídica, consiste en garantizar el individuo contra toda la mala utilización que pueda ser hecha del orden jurídico, incluso aquella que provenga de la inadecuada interpretación y aplicación del derecho por los órganos judiciales. En el plan procesal donde vienen generalizándose los esfuerzos en acentuar las funciones sociales del proceso, la cuestión de la igualdad guarda significativo relieve por ser de contenido eminentemente social. En ese sentido Barbosa Moreira¹⁵⁴ que expone que:

Nadie ignora que cualquier sociedad será más sólida tanto cuanto sea más homogénea: una homogeneidad mayor implica, en efecto, una mayor cantidad de miembros solidarios y dispuestos a la preservación y a la defensa de las estructuras básicas vigentes. La existencia de desniveles sensibles, por lo contrario, normalmente lleva las insatisfacciones y resentimientos que no pueden dejar de disminuir la cohesión de todos.

En el entendimiento de Piero Calamandrei¹⁵⁵, en la práctica, el principio de la igualdad aplicado al proceso debería corresponder “al derecho de alguien defenderse en juicio en situación de paridad frente a otro, al derecho de dirigirse a una justicia que proteja, sin distinciones, tanto el rico como el pobre”.

Toda la problemática relativa a la promoción de la igualdad material con respeto a las partes repone la cuestión del carácter instrumental del proceso y de su capacidad en alcanzar efectiva justicia. En otras palabras, el prestigio del proceso, como instrumento, depende, en grande escala, de la posibilidad de mitigaren en su ámbito, a través de mecanismos

¹⁵¹ GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Op. cit.*, p. 59.

¹⁵² NERY JÚNIOR, Nelson. 2004. *Op. cit.*, p. 72.

¹⁵³ NERY JÚNIOR, Nelson. 2004. *Op. cit.*, p. 91.

¹⁵⁴ MOREIRA, Barbosa. **Dimensões sociais do processo civil**. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 141.

¹⁵⁵ Piero. Calamandrei *apud* MOREIRA, Barbosa. *Op. cit.*, p. 143.

compensatorios, las sensibles desigualdades que, naciente en el plan substancial, en él se reflejan, comprometiendo de forma bastante seria el equilibrio de los litigantes.

En esta perspectiva, y partéindose de la hipótesis de que, en muchos casos, la ley no es suficiente a promover la paridad real de las partes, cumple por primero se analice el ordenamiento positivo en su complejo, extrayéndose todo que sus valores de coherencia interna, que su espíritu, que sus principios generales orientadores pudiera traer de contribución a la solución del problema y pos, en la medida del posible, se explore a través de la exegesis de las normas procesales todos los potenciales remanecientes de la hermenéutica tradicional, como también de la hermenéutica mal conducida. En las palabras de Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover y Cândido Rangel Dinamarco¹⁵⁶:

La aparente ruptura del principio de la isonomía dentro y fuera del proceso obedece exactamente al principio de la igualdad real y proporcional, que impone el tratamiento desigual a los desiguales, justamente para que, suplidas as diferencias, se atinja a igualdad substancial. [...]. En proceso civil se legitiman normas y medidas destinadas a reequilibrar las partes y permitir que litiguen en paridad en armas, siempre que alguna causa o circunstancia exterior al proceso ponga una de ellas en condición de superioridad o de inferioridad en carácter de la otra. Pero es muy delicada esa tarea de reequilibrio substancial, a cual no debe crear desequilibrios privilegiados a pretexto de remover desigualdades.

Cumple notar que la cuestión de la isonomía procesal ha sido enfocada por la doctrina¹⁵⁷ bajo tres prismas distintos los cuales conducen al examen sistemático de la igualdad de riesgos, de la igualdad de oportunidades y de la igualdad de tratamiento dispensada a las partes por el órgano judicial.

La “igualdad de riesgo” se asienta en el hecho de que ambas las partes, línea de principio, deban suportar de forma ecuánime el factor de incertidumbres que se genera en relación al proveimiento judicial, tanto nutriendo esperanzas de haber acogido su pretensión, cuanto arriesgando a sufrir los efectos prejudiciales de una sentencia desfavorable.

El principio de la isonomía se manifiesta, bajo otro enfoque, en la “igualdad de oportunidades”. Sería asegurar para ambas las partes el poder de influir igualmente en la marcha y en el resultado del pleito. Deben tener las mismas oportunidades de actuar y también estar sujetas a las mismas limitaciones.

Excepciones son contempladas en función de ciertas diferencias de posiciones o otras circunstancias, como por ejemplo, a la noción de que la carga de impulsar el proceso sea más

¹⁵⁶ ARAÚJO CINTRA, Antônio Carlos de; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Op. cit.*, p. 60.

¹⁵⁷ Vide CARDOZO, Benjamim. **A natureza do processo e a evolução do direito**. São Paulo: Nacional de Direito, 1956. p. 174.

intensa para el actor, o de que sea especial el régimen de plazos para las personas jurídicas de derecho público, o el Ministerio Público.

Analizando el tercer enfoque, surge la imposibilidad de nivelación absoluta de los hombres en función de sus disparidades anatómicas, filosóficas y psicológicas. De esta forma, el principio de la isonomía aporta a un ideal de tratamiento igualitario, indicando también diferencias sociales, culturales y económicas integradoras de las peculiares circunstancias de cada persona.

En el plan procesal, tal “igualdad de tratamiento a las partes”, trae su reverso la cuestión de la imparcialidad. Así dicha igualdad debe ser administrada y asegurada por el órgano judicial. Consciente de que en el caso concreto deberá superar las condiciones materiales inherentes a cada litigante generalmente que llevan a colocar de forma preliminar a uno en desigualdad frente el otro.

Utilizándose las palabras de Benjamim Cardozo¹⁵⁸ la idea de que el sistema legal pueda ser un “libro cerrado” consiste en un dogma apenas teórico, sin cualquier identidad con la realidad exterior y el proceso evolutivo de la ciencia jurídica. Este quiero decir que en el plan procesal no podemos caer en la tentación de pensar el sistema apenas teórico, sino que en aras de la igualdad en el tratamiento de las partes la tarea judicial debe ser proactiva.

Lo que existe, en el plan procesal, es la constante dinámica de sus específicos principios orientadores, por lo que la aplicación de uno cede lugar al otro, en función de ciertos factores, y ante la relevancia de los intereses que despuntan apenas con el caso concreto.

Debe el juez, por lo tanto, considerar los factores materiales que destuerzan la posición de equilibrio de las partes, pues si las ignora la aplicación formal de las reglas procesales podrá conducir, como visto, a la subversión del propio ideal que las informa.

Las cuestiones actualmente concebidas como relevantes en el estudio de la ciencia procesal giran en torno del problema de la igualdad substancial de las partes, específicamente convergen para el acceso a la jurisdicción, habiendo en vista los factores económicos y disparidades entre las partes.

Excluidos los casos en que las partes ni siquiera tiene acceso a la jurisdicción, la proposición de cualquier medida, como por regla, implica gastos procesales y honorarios de los abogados, y el riesgo relativo a la insuficiencia de elementos probatorios se vincula a la capacidad económica de la parte en soportar con los cortes, como algunas veces bastante

¹⁵⁸ CARDOZO, Benjamim. *Op. cit.*, p. 174.

onerosas en función de pruebas periciales, diligencias en lugares distantes, reproducción de documentos, etc.

De esa forma, y mientras se perfeccionan los medios conducentes a la mayor viabilidad de acceso al judicial, con enfoque a la asistencia gratuita, a los Juzgados Especiales Civiles, a la institución del defensor público y otros tantos mecanismos, debe el órgano judicial, aunque se figure diminuta a su contribución, tomar todas las medidas factibles a compensar la carencia financiera de la parte que se encuentra en posición de visible inferioridad, realizando con eso la igualdad de tratamiento prevista en la legislación infra constitucional¹⁵⁹.

Al mismo tiempo, existen aspectos atinentes a las condiciones sociales y culturales de los litigantes que introducen, en el proceso, tangibles anomalías en cuanto a la paridad de sus fuerzas.

Entiendo que el estudio del principio de la igualdad y sus reflejos en el plan procesal se figuran representan extramadamente complejos, mereciendo por su relevancia un desarrollo más profundo que espaca a fim del esa tese del doctorado.

1.4.4 Principio del juez natural

En la doctrina el principio del juez natural recibe las más variadas denominaciones, de entre las cuales se puede mencionar el principio del juicio legal, el principio del juez constitucional y el principio de la naturalidad del juez¹⁶⁰. Este principio:

[...] mientras postulado constitucional adoptado por la mayoría de los países cultos tiene gran importancia en la garantía del Estado de Derecho, bien como en la manutención de los preceptos básicos de imparcialidad del juez en la aplicación de la actividad jurisdiccional, atributo ese que se presta a la defensa y protección del interés social y del interés público general¹⁶¹.

El principio del juez natural tiene como contenido no solo la previa individualización del órgano investido de poder jurisdiccional que decidirá la causa (prohibición a los tribunales

¹⁵⁹ Por exemplo o artigo 125, inciso I, do Código de Processo Civil - Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, de que, *in verbis*: “artigo 125: o juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, competindo-lhe: I - assegurar às partes de de tratamento; [...]”.

¹⁶⁰ el Brasil, o principio do juiz natural encontra-se previsto nos incisos XXXVII e LIII do artigo 5º, da Constituição Federal de 1988, a saber: “artigo 5º: [...] XXXVII - não haverá juízo ou tribunal de exceção; [...] LIII - ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente; [...]”.

¹⁶¹ NERY JÚNIOR, Nelson. 2004. *Op. cit.*, p. 97.

de excepción¹⁶²), sino, también, la garantía de justicia material, cabe decir, la independencia y la imparcialidad de los jueces. En las palabras de Nelson Nery Junior¹⁶³ en ese sentido:

Se suele resaltar que el principio del juez natural se traduce en los siguientes contenidos: a) exigencia de determinación, consistente en la previa individualización de los jueces por medio de leyes generales, es decir, la pre constitución del derecho italiano (artículo 25, de la Constitución Italiana); b) garantía de justicia material (independencia e imparcialidad de los jueces; c) fijación de la competencia, cabe decir, el establecimiento de criterios objetivos para la determinación de la competencia de los jueces; d) observancia de las determinaciones de procedimiento referentes a la división funcional interna, tal como ocurre con el *Geschäftsverteilungsplan* del derecho alemán.

La garantía del juez natural es tridimensional: el primer aspecto está en la prohibición a la creación de tribunales de excepción el de juicios *ad hoc*¹⁶⁴, o sea, “la prohibición de constituir jueces para juzgar casos específicos, siendo que, probablemente, tendrán la incumbencia de juzgar, con discriminación, individuos el colectividades”¹⁶⁵; el segundo aspecto se extrae de la máxima de que todos tienen el derecho de someterse a juicio por juez competente, pre constituido en la forma de la ley; y por fin el juez competente tiene que ser imparcial¹⁶⁶. Para Humberto Theodoro Júnior¹⁶⁷:

[...] sólo puede ejercer la jurisdicción aquel órgano a que la Constitución atribuye el poder jurisdiccional. Toda origen, expresa o implícita, del poder jurisdiccional sólo puede emanar de la Constitución, de modo que no es dado al legislador ordinario crear jueces o tribunales de excepción, para juicio de ciertas causas, ni tampoco dar a los organismos judiciales estructuración diversa de aquella prevista en la Constitución Federal de 1988.

¹⁶² “Tribunal de Exceção é aquele designado ou criado por deliberação legislativa ou não, para julgar determinado caso, tenha ele já ocorrido ou não, irrelevante a existência prévia do tribunal. [...]. Enquanto o juiz natural é aquele criado abstratamente, o juízo de exceção é aquele designado para atuar no caso concreto ou individual” (NERY JÚNIOR, Nelson. 2004. *Op. cit.*, p. 98).

¹⁶³ NERY JÚNIOR, Nelson. 2004. *Op. cit.*, p. 104.

¹⁶⁴ Vide inciso XXXVII, do artigo 5º da Constituição Federal de 1988: “XXXVII - não haverá juízo ou tribunal de exceção; [...]”.

¹⁶⁵ TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. **A sentença no processo do trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTr, 1996. p. 37.

¹⁶⁶ NERY JÚNIOR, Nelson. 2004. *Op. cit.*, p. 98.

¹⁶⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento**. 15. ed., v. 1. Rio de Janeiro: Forense. p. 38.

En la verificación de los autores Antonio Carlos de Araújo Cintra y Cândido Rangel Dinamarco¹⁶⁸, las modernas tendencias sobre el principio del juez natural abarcan en su concepto:

[...] la prohibición de sustraer el juez constitucionalmente competente. De ese modo, la garantía se desdobra en tres conceptos: a) sólo son órganos jurisdiccionales los instituidos por la Constitución; b) nadie puede ser juzgado por órgano constituido pos la ocurrencia del hecho; c) entre los jueces pre constituido vigora una orden taxativa de competencias que excluye cualquier alternativa deferida a la discrecionalidad de quien quiere que sea. La Constitución Federal de 1988 reintrodujo la garantía del juez competente en el artículo 5º, inciso LIII. La imparcialidad del juez es una garantía de justicia para las partes. Por ello, tienen ellas el derecho de exigir un juez imparcial: y el Estado, que reservó para sí el ejercicio de la función jurisdiccional, tiene el correspondiente deber de actuar con imparcialidad en la solución de las causas que le son sometidas.

En síntesis, el principio del juez natural prevé la imposibilidad de creación de los tribunales de excepción, siendo que el individuo solamente podrá ser juzgado por órgano preexistente y por miembros de este órgano, debidamente investido de jurisdicción.

1.4.5 Principio de la motivación de las decisiones judiciales

La motivación el fundamentación de las decisiones judiciales siempre fue vista como garantía de las partes posibilitando impugnaciones para reformar las decisiones, siendo destacada la función política de ese principio “cuyos destinatarios no son apenas las partes y el juez competente para juzgar un eventual recurso.”¹⁶⁹. Debido a eso las Constituciones contemporáneas empezaron a adoptar ese principio de modo expreso en sus textos, a ejemplo del inciso IX, del artículo 93, de la Constitución Federal Brasileña de 1988:

Artículo 03: [...]; IX todos los juicios de los órganos del Poder Judiciario serán públicos, y fundamentadas todas las decisiones, bajo pena de nulidad, pudiendo la ley limitar la presencia, en determinados actos, a las propias partes y a sus abogados, o solamente a estos, en casos en los cuales la preservación del derecho a la intimidad del interesado en el sigilo no perjudique el interés público a la información; [...] (Constitución Federal de 1988).

¹⁶⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Op. cit.*, p. 58-59.

¹⁶⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Op. cit.*, p. 74.

En análisis al referido dispositivo, Rogério Lauria Tucci y José Rogério Cruz y Tucci, citando Piero Calamandrei¹⁷⁰ manifiestan:

La fundamentación de la sentencia es sin duda una grande garantía de la justicia cuando consigue reproducir exactamente, como en un levantamiento topográfico, el itinerario lógico que el juez recorrió para llegar a su conclusión, pues si ésta es errada, puede fácilmente encontrarse, a través de los fundamentos, en que altura del camino el magistrado se desorientó.

Es importante mencionar que el texto constitucional brasileño no solo exige la fundamentación de las decisiones proferidas por los órganos del poder judicial, como las declara nulas si desatender a ese comando. De hecho, “toda decisión judicial debe ser fundamentada, bajo pena de nulidad (artículo 93, inciso IX de la Constitución Federal Brasileña de 1988)”¹⁷¹.

Conforme Nelson Nery Junior¹⁷², la motivación de la sentencia judicial puede ser estudiada bajo diversos ángulos, que van desde la necesidad de comunicación judicial, ejercicio de lógica y actividad intelectual del juzgador, hasta su sumisión, como acto procesal, al Estado de Derecho y a los derechos y garantías constitucionales fundamentales de las personas, que impone, como recurrencia, la exigencia de la imparcialidad del magistrado, la publicidad y la legalidad de las decisiones judiciales, pasando el también principio constitucional de la independencia jurídica del juez, que puede decidir conforme su convicción, desde que motive las razones y motivos de su convencimiento (libre convencimiento motivado).

Se resalta que motivar todas las decisiones significa fundamentarlas, explicar las razones de hecho y de derecho que implican en el convencimiento del juez, debiendo esta fundamentación ser sustancial y no meramente formal. Además de eso, la motivación de la sentencia, también, se hace útil para enriquecer y uniformizar la jurisprudencia, sirviendo como valioso subsidio aquellos que contribuyen para el mejoramiento y aplicación del derecho.

¹⁷⁰ Piero Calamandrei *apud* TUCCI, Rogério Lauria; CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Constituição de 1988 e processo**. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 73.

¹⁷¹ LOURENÇO, Haroldo. **Precedente judicial como fonte do direito**: algumas considerações sob a ótica do novo Código de Processo Civil - CPC. *In: Revista Eletrônica Temas Atuais de Processo Civil*, vol. 01, nº 06, p. 38-65. Dez./2011. Disponível em: <<http://www.temasatuaisprocessocivil.com.br>>. Acesso em: 08 abr. 2014. p. 45.

¹⁷² NERY JUNIOR, Nelson. 2004. *Op. cit.*, p. 217-218.

Se extrae del expuesto que la decisión motivada apunta el entendimiento de las razones del juez, que es imparcial, y así torna esa decisión, siendo que se constituye tal principio en verdadera garantía inherente al Estado de Derecho.

1.4.6 Principio del doble grado de jurisdicción

Sobre el principio del doble grado de jurisdicción, es importante resaltar que la doctrina diverge en considerar el doble grado de jurisdicción como un principio de proceso inserido en la Constitución, ya que no hay su previsión expresa en el texto constitucional¹⁷³. Aquellos que creen que el doble grado de jurisdicción es un proceso procesal constitucional, incluso de proceso civil, fundamentan su posición en la competencia ordinaria establecida en la Constitución Federal de Brasileña 1988¹⁷⁴.

Mediante a eso, en que pese a que no traiga de forma expresa, se puede decir que el doble grado de jurisdicción garantía de rexamen de las decisiones proferidas por el poder judicial, puede ser incluido en el estudio acerca de los principios de proceso civil en la Constitución Federal Brasileña de 1988. En fin, el principio constitucional del doble grado de

¹⁷³ Dentre os autores brasileiros que não a admitem, pode-se mencionar Manoel Antônio Teixeira Filho, Arruda Alvim, Rogério Lauria Tucci e José Rogério Cruz e Tucci, dentre outros. De outro lado existem autores tais como Humberto Theodoro Júnior e Nelson Nery Júnior que admitem o duplo grau de jurisdição, como princípio de processo inserido na Constituição Federal de 1988.

¹⁷⁴ Alguns exemplos desta previsão implícita do duplo grau de jurisdição inserido na Constituição Federal de 1988 podem ser encontrados no inciso LV, do artigo 5º (“LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”); nos incisos II e III do artigo 102 (“II - julgar, em recurso ordinário: a) o *habeas corpus*, o mandado de segurança, o *habeas data* e o mandado de injunção decididos em única instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão; b) o crime político; III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: a) contrariar dispositivo desta Constituição; b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição. d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal”); e incisos II e III do artigo 105 (“II - julgar, em recurso ordinário: a) os *habeas corpus* decididos em única ou última instância pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão for denegatória; b) os mandados de segurança decididos em única instância pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando denegatória a decisão; c) as causas em que forem partes Estado estrangeiro ou organismo internacional, de um lado, e, do outro, Município ou pessoa residente ou domiciliada no País; III - julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida: a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência; b) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal; c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal. Parágrafo único. Funcionará junto ao Superior Tribunal de Justiça: I - a Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados, cabendo-lhe, dentre outras funções, regulamentar os cursos oficiais para o ingresso e promoção na carreira; II - o Conselho da Justiça Federal, cabendo-lhe exercer, na forma da lei, a supervisão administrativa e orçamentária da Justiça Federal de primeiro e segundo graus, como órgão central do sistema e com poderes correicionais, cujas decisões terão caráter vinculante”).

jurisdicción, aunque de forma implícita en aquel texto, garante al litigante la posibilidad de someter al reexamen de las decisiones proferidas en primero grado, desde que atendidos los requisitos previstos en ley.

Presumiéndose que todo el acto decisorio, producto del falible juicio humano, pueda ser errado el injusto, se asegura a la parte, que sentirse lesionada, el derecho a recurrir, mediante recurso adecuado a la forma y oportunidad previstas en ley, para que tenga su pretensión apreciada y juzgada por juicios distintos.

Ese principio indica la posibilidad de revisión, por vía de recurso, de las causas ya juzgadas por el juez de primer grado el de primera instancia, que corresponde a la “jurisdicción inferior”. Garante, Finalmente, un nuevo juicio, por parte de los órganos de la jurisdicción superior el de segundo grado el segunda instancia¹⁷⁵.

El principio constitucional del doble grado de jurisdicción se fundamenta en la posibilidad de la decisión de primer grado ser injusta, errada el equivocada, de ahí recurriendo la necesidad de permitir su reforma en grado de recurso. Actualmente viene siendo “acogido por la generalidad de los sistemas procesales contemporáneos, incluso el brasileño”, aunque no garantizado de modo expreso en todas las Constituciones¹⁷⁶.

Corolario del principio de la recorribilidad ciñe lo de la dualidad de instancias con la creación de órganos judiciales de competencia jerárquica diferente, siendo los primeros emisores del juicio de la causa y los segundos, del recurso.

1.4.7 Principio de la prohibición de la prueba ilícita

Como los pretensos derechos que figuran en los litigios se originan de hechos, estos precisan ser demostrados, o sea, para que la sentencia declare el derecho, el juez necesita certificarse de la verdad del hecho alegado, y esa demostración se dé por medio de pruebas.

Así, al solicitar la tutela jurisdiccional, el ciudadano tiene que ofrecer las pruebas, hasta entonces existentes, para fundamentar su pedido, bien como postular la producción de otros elementos probatorios oportunos. Eso se hace necesario porque el magistrado, para declarar la existencia de un derecho el imponer una penalidad a cierto individuo necesita conocer los hechos y convencerse de su ocurrencia y autoría. La verificación de la verdad sobre los hechos relatados es hecha, por el juez, por medio de las pruebas llevadas al proceso.

¹⁷⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Op. cit.*, p. 80.

¹⁷⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Op. cit.*, p. 80.

Al principio “todos los medios legales, bien como los moralmente legítimos” aun que no hayan especificados en ley “son hábiles para probar la verdad de los hechos, en que se basa la acción o la defensa” (artículo 332 del Código de Proceso Civil).

El fin de limitar el principio de la libertad de la prueba y evitar abusos, el Legislador Constituyente de 1988 estableció que “son inadmisibles, en el proceso, las pruebas obtenidas por medios ilícitos” (inciso LVI, del artículo 5°).

Existen por lo menos tres corrientes doctrinarias sobre la admisibilidad de la prueba ilegal: la “teoría de la inadmisibilidad absoluta” negando la relativización de la prohibición constitucional a la admisibilidad de la prueba ilegal; la “teoría de la admisibilidad absoluta” admitiendo la prueba ilegal en cualquier situación; y la teoría de la admisibilidad relativa que a la luz del principio de la proporcionalidad, acoge la tesis de la relativización de la prohibición constitucional a las pruebas ilegales.

Con el advenimiento de la Constitución Federal Brasileña de 1988 y la previsión de que “son inadmisibles, en el proceso, las pruebas obtenidas por medios ilícitos” se pasó a entender la inadmisibilidad de las pruebas ilegales como regla absoluta.

Con el pasar del tiempo, principalmente de la comprensión y de la maduración normativos de los derechos humanos, la teoría de la inadmisibilidad absoluta de las pruebas ilícitas fue perdiendo fuerzas delante del desvanecimiento de principios relacionados a la práctica de los derechos fundamentales como lo de la proporcionalidad, lo de la ponderación y lo de la adecuación.

Está en boga, actualmente, el argumento de la relativización de la prohibición de las pruebas ilegales en razón del “cotejamiento de principios constitucionales en aparente conflicto, valorándose cada uno para subyugar los menos importantes a los de mayor relevancia”¹⁷⁷.

La teoría de la inadmisibilidad de prueba ilícita, también denominada de “teoría obstativa” no admite ningún tipo de prueba ilegal, independientemente de la relevancia del derecho en discusión, rechazando siempre las pruebas ilícitas, las pruebas ilegítimas y las derivadas. Francisco de las Chagas Lima Filho¹⁷⁸, uno de los defensores de esa tesis,

¹⁷⁷ IGNACIO JUNIOR, José Antonio Gomes. **Crítica a relativização da prova obtida por meio ilícito**. In: *Âmbito Jurídico*, XV, nº 100. Rio Grande, maio 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11696&revista_caderno=9>. Acesso em: 24 jul. 2013. p. 01.

¹⁷⁸ LIMA FILHO, Francisco das Chagas. **Provas ilícitas**. In: *Repertório IOB de Jurisprudência: Civil, Processual, Penal e Comercial*. São Paulo, nº 14, ano de 1998, p. 288-296. Segunda quinzena de julho de 1998. p. 294.

argumenta que “la prueba obtenida por medios ilícitos debe ser eliminada del proceso, por más altos y relevantes que puedan presentarse los hechos probados”.

También Luiz Rodrigues Wambier, Flávio Renato Correia Almeida y Eduardo Talamini¹⁷⁹ comparten del mismo criterio, citando la teoría de los frutos del árbol envenenado¹⁸⁰ como fundamento a la inadmisibilidad de la prueba ilícita en cualquier situación, no importando, para el análisis, la relevancia del derecho en debate. En esa línea, la prueba ilícita debe ser siempre rechazada porque afronta, además del derecho material el procesal, los principios y las garantías constitucionalmente asegurados.

Ada Pellegrini Grinover¹⁸¹ cre que “los preceptos constitucionales relevantes para el proceso tiene estatura de garantía, que interesan a la orden pública y a la buena conducción del proceso”, razón por la cual “la contrariedad a esas normas carga siempre la ineficacia del acto procesal, sea por nulidad absoluta, sea por la propia inexistencia, porque la Constitución Federal Brasileña de 1988 tiene como inaceptable la prueba alcanzada por medios ilícitos”.

Esencialmente la teoría de la inadmisibilidad absoluta de prueba ilícita tiene por finalidad evitar que las partes que anhelan probar sus cuestionamientos por medio de pruebas ilícitas sean protegidas en el objetivo de impedir que la búsqueda de la verdad transgreda o contradiga derechos fundamentales.

Al analizar con profundidad la relativización de la ilicitud de las pruebas obtenidas con ofensa al derecho material frente al principio de la proporcionalidad, José Antonio Gomes Ignacio Junior¹⁸² concluye que el ordenamiento jurídico brasileño “no contempla expresamente tal vertiente”, esclareciendo que es necesario analizar con mucha cautela la aplicación de un principio no previsto en la Constitución Federal Brasileña de 1988, como lo de la proporcionalidad.

¹⁷⁹ WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil**: teoria geral do processo e processo do conhecimento. 9. ed., v. 1, rev., ampl. e atual. São Paulo: RT, 2007. p. 417.

¹⁸⁰ A teoria dos frutos da árvore envenenada é aceita pelo Supremo Tribunal Federal como se extrai do seguinte exemplo “Apunte: [...]. V. Prova ilícita e contaminação de provas derivadas (fruits of the poisonous tree). 9. A imprecisão do pedido genérico de exclusão de provas derivadas daquelas cuja ilicitude se declara e o estágio do procedimento (ainda em curso o inquérito policial) levam, no ponto, ao indeferimento do pedido” (STF, Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 80.949/RJ**. Primeira Turma. Relator: Sepúlveda Pertence. Julgado em 30 de outubro de 2001. Publicado no DJ de 14 de dezembro de 2001, p. 00026. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 13 ago. 2013).

¹⁸¹ GRINOVER, Ada Pellegrini. **As nulidades do processo penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 24.

¹⁸² IGNACIO JUNIOR, José Antonio Gomes. *Op. cit.*, p. 01.

Pero, reconoce la posibilidad de la admisión de la relativización de la prueba ilícita por derivación, pero apenas “cuando no evidenciado el nexo de causalidad entre unas y otras, o cuando las derivadas poder ser obtenidas por una fuente independiente de las primeras”.

De ese modo quedó establecido que las pruebas ilícitas contenida en la Constitución Federal Brasileña de 1988 son aquellas obtenidas en violación a normas constitucionales, cabe decir, ni vien se distinguen normas materiales y procesales, siendo suficiente la violación de una norma jurídico-constitucional, que abarcan los principios y reglas constitucionales y infra constitucionales. En regla, si la prueba es obtenida mediante violación debido proceso legal es definida como “prueba ilícita”.

De ese modo, para ser posible el cotejamiento de una relativización en la ilicitud de las pruebas, aun con fundamento en el no-absolutismo de los principios constitucionales, sería preciso, para comecar por primero, alterar el texto constitucional para que la ponderación de los principios sea realizada por medio de criterios de aplicación determinados en ley y no apenas por el aspecto valorativo, bajo pena de adentrarse en un temeroso campo de la subjetividad. Así José Antonio Gomes Ignacio Junior¹⁸³ el Legislador Constituyente de 1988, sostiene “cuando quiso excepcionó la regla, y lo hizo de manera expresa, como en las hipótesis del artículo 5º, incisos XI y XII”. Por ello, fuera de esos casos expresos y taxativos no sería posible la relativización de la ilicitud de las pruebas procesales, independientemente de la materia *sub judice*.

Para justificar su tesis, cita una jurisprudencia de materia penal del Supremo Tribunal Federal, en la relatoría de Carlos Velloso, que Segun su interpretación, rechazaría el uso de pruebas ilícitas y confirmaría el uso de pruebas lícitas recurrentes de conductas que, en regla serían ilícitas, pero que ganan status de lícitas cuando producidas por el propio reo para su defensa¹⁸⁴.

En suma, por la teoría de la inadmisibilidad de prueba ilícita, o teoría obstativa, no se puede utilizar pruebas ilícitas, principalmente porque la doctrina y la jurisprudencia no pueden insertar excepciones interpretativas al inciso LVI, del artículo 5º, de la Constitución Federal de 1988, para además de las taxativas de los incisos XI y XII, del mismo artículo, bajo pena de poner en riesgo la seguridad jurídica y de afrontar el Estado Democrático de Derecho.

¹⁸³ IGNACIO JUNIOR, José Antonio Gomes. *Op. cit.*, p. 01.

¹⁸⁴ STF, Supremo Tribunal Federal. **AI nº 503.617 AgR/PR**. Segunda Turma. Relator: Carlos Velloso. Julgado em 01 de fevereiro de 2005. Publicado no DJ de 04 de março de 2005, p. 00030. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 13 ago. 2013.

Por lo tanto, algunos de los doctrinarios que adoptan la tesis de que la prueba ilícita no puede ser admitida en ninguna situación en recurrencia de la garantía constitucional del inciso LVI, del artículo 5º, de la Constitución Federal Brasileña de 1988, defienden en el sentido de que una prueba que en la origen sería ilícita podría tornarse lícita caso sea producida para servir de defensa propia, como ocurre, por ejemplo, con la grabación de la relación dialógica ambiental por uno de los interlocutores sin el conocimiento del otro, que se transforma en prueba lícita si es destinada al ejercicio del derecho de defensa.

Por la teoría de la admisibilidad o “teoría permisiva”, la prueba ilegal siempre debe ser reconocida como eficaz y válida, con fundamento en el interés del Estado-Juez en descubrir la verdad, bajo el argumento de que la ilicitud en la obtención de la prueba no puede retirar el valor de la prueba, mismo ilícita, como elemento indispensable para la formación del convencimiento del juez. Pero, quien producir pruebas ilegales no puede quedarse exento de las responsabilidades por la ilicitud practicada, debiendo ser penalizado, en los términos legales, por el acto ilícito que cometió.

Uno de los defensores de ese entendimiento, Fernando de Almeida Pedroso¹⁸⁵ argumenta que si el objetivo del proceso es descubrir la verdad real, “es aceptable que, si la prueba ilícitamente obtenida mostrar esa verdad, sea ella admisible, sin olvidarse el Estado de la persecución criminal contra el agente que infringió las disposiciones legales y los derechos del reo”.

En la verificación de Aury Lopes Júnior¹⁸⁶, para los seguidores de esta corriente de pensamiento, que actualmente son minoría, “el responsable por la prueba ilícita podría utilizarla en el proceso”, mas no se libraría de responder “en otro proceso por la eventual violación de la norma de derecho material (que podría constituir un delito o mismo ilícito civil)”.

De cualquier forma esa teoría tuvo su fuerza en el pasado, cuando la búsqueda de la verdad real y el libre convencimiento del juzgado funcionaban como verdaderos dogmas jurídicos. Esa concepción justificaba el prevalecer del interés de la Justicia en el descubrimiento de la verdad real, mismo que para eso fuesen usadas pruebas ilegales.

Por fin la teoría de la admisibilidad relativa por el criterio de la proporcionalidad, también denominada de “teoría intermediaria”, es puesta entre las dos anteriores, o sea, ni es permisiva al extremo ni radicalmente obstativa.

¹⁸⁵ PEDROSO, Fernando de Almeida. **Processo penal: o direito de defesa - repercussão, amplitude e limites**. Rio de Janeiro: Forense, 1986. p. 163.

¹⁸⁶ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 578.

Al analizar el asunto Luiz Guilherme Marinoni y Sérgio Cruz Arenhart¹⁸⁷ afirman que la prueba ilícita sólo puede ser admitida “cuando es la única capaz de evidenciar hecho absolutamente necesario para la tutela de un derecho que, en el caso concreto, merece ser realizado aún que delante del derecho de la personalidad atingido”. Se verifica, Finalmente, la relativización de la prohibición constitucional a las pruebas ilegales con fundamento en la razonabilidad y en la proporcionalidad.

Concluyo, finalmente, que la regla constitucional de la prohibición de la prueba ilegal puede ser relativizada frente la verificación de que las normas constitucionales son abiertas, pues precisan presentar definición amplia para permitir interpretación elástica y abarcar las más variadas situaciones ocurridas en el mundo de los hechos. De ese modo, la necesidad de convivencia entre normas constitucionales, incluyendo principios y reglas, impone la aceptación el entendimiento de que ninguna regla constitucional es absoluta.

Como no es posible establecer reglas fijas para la eventual admisión de pruebas ilícitas, es saludable que se analice caso por caso, tomando en consideración diversos factores que deben ser considerados en concreto para poder llegar a determinada conclusión, en el caso la posibilidad de la relativización de la prohibición constitucional a las pruebas ilegales.

Desde este punto de vista, es posible utilizar, como única excepción, elementos ilegales de prueba, si a partir de su irregularidad si obtiene información o elementos probatorios favorables al procesado. Por lo tanto, no existe ningún impedimento, en el orden jurídico brasileño, para la relativización de la prohibición constitucional a las pruebas ilegales, pero solo en algunas situaciones especiales identificadas a partir de la práctica del principio de la proporcionalidad.

1.4.8 Principio de la publicidad de los los actos procesales

El principio de la publicidad, se trata de una garantía constitucional del individuo al que se refiere al ejercicio propio de la jurisdicción. Segun Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover y Cândido Rangel Dinamarco¹⁸⁸:

La presencia del público en las audiencias y la posibilidad del examen de los autos por cualquier persona representan lo más seguro instrumento de fiscalización

¹⁸⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do processo de conhecimento: a tutela jurisdicional através do processo de conhecimento**. 3. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 327.

¹⁸⁸ ARAÚJO CINTRA, Antônio Carlos de; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Op. cit.*, p. 75.

popular sobre la obra de los magistrados, promotores públicos y abogados. En último análisis, el pueblo es el juez de los jueces. Y la responsabilidad de las decisiones judiciales asume otra dimensión, cuando tales decisiones han de ser tomadas en audiencia pública en la presencia del pueblo.

En el orden jurídico brasileño el principio constitucional de la publicidad está inserido en el artículo 93, inciso IX, de la Constitución Federal Brasileña de 1988 (“IX - todos los juicios de los órganos del Poder Judicial serán públicos, y fundamentadas todas las decisiones, bajo pena de nulidad, pudiendo la ley limitar la presencia, en determinados actos, a las propias partes y a sus abogados, o solamente a estos, en casos en los cuales la preservación del derecho a la intimidad del interesado en el sigilo no perjudique el interés público a la información”). También, se puede encontrar el referido principio contenido en el artículo 5º, inciso LX de la referida Constitución Federal (“LX – la ley sólo podrá restringir la publicidad de los actos procesales cuando la defensa de la intimidad o el interés social lo exigir”).

El artículo 155 del Código de Proceso Civil está en perfecta consonancia con la disposición traída por la Constitución Federal Brasileña de 1988, determinando, expresamente, cuales son los casos que corren en secreto de justicia, siendo que tal procedimiento no viola, en hipótesis alguna, la norma constitucional:

Artículo 155: los actos procesales son públicos. Corren, sin embargo, en secreto de justicia los procesos: I - en que lo exigir el interés público; II - que dicen respecto a matrimonio, filiación, divorcio de los cónyuges, conversión de esta en divorcio, alimentos y guarda de menores. Párrafo único. El derecho de consultar los autos y de pedir certificados de sus actos es restricto a las partes y a sus procuradores. El tercero, que demostrar interés jurídico, puede requerir al juez certificado del dispositivo de la sentencia, bien como de inventario y partición resultante del desquite (Código de Proceso Civil).

En la interpretación de Rogério Lauria Tucci y José Rogério Cruz y Tucci¹⁸⁹:

La garantía de la publicidad no se traduce en la exigencia de la efectiva presencia del público y/o de los medios de comunicación a los actos que el procedimiento se desarrolla, no obstante reclame más de que una simple potencialidad abstracta (como cuando, por ejemplo, no se tiene conocimiento de la fecha, horario y del local de la realización de determinado acto: la publicidad de este se reduce, entonces, a un nivel meramente teórico).

Se destaca que la ley no hace más que enumerar casos, no impidiendo que el juez confiera a otros, a su criterio, en virtud de interés público, procesamiento en secreto de justicia, hipótesis en que deberá justificar su proceder. La publicidad de los actos procesales está catalogada como derecho fundamental del ciudadano, mas la propia Constitución Federal

¹⁸⁹ TUCCI, Rogério Lauria; CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Op. cit.*, p. 72.

Brasileña de 1988 hace referencia a los casos en que la ley admitirá el sigilo y la realización del acto en secreto de justicia.

El principio de la publicidad obligatoria del proceso puede ser resumido en el derecho a la discusión amplia de las pruebas, en la obligatoriedad de motivación de la sentencia, bien como en la facultad de intervención de las partes y sus procuradores en todas las fases del proceso.

En fin, en el proceso judicial moderno instituido e incorporado en el Estado Democrático de Derecho, la Constitución Nacional asume relevancia impar, no apenas porque ocupa posición jerárquica superior en el orden jurídico interna, mas porque en el aspecto material los derechos en conflicto en el proceso judicial son fundamentales y, por lo tanto, de relevancia constitucional.

Es por eso que en el orden jurídico contemporánea, vía de regla, los principios generales del proceso civil están textualmente reconocidos en las Constituciones Nacionales y de los cuales se derivan un conjunto de consecuencias en orden tanto a los derechos y garantías de los justiciables cuanto a los límites de los poderes públicos.

Dando secuencia a la línea de búsqueda propuesta en el sentido de la identificación y defensa de la anticipación de la tutela como instrumento de protección de los principios constitucionales procesales, después de presentada el orden jurídico procesal-constitucional y sus destacados principios vectores, el capítulo siguiente trata de los aspectos fundamentales de la anticipación de la tutela.

2 GARANTÍA DE ACCESO A LA JUSTICIA Y EFECTIVIDAD DE LA TUTELA JURISDICCIONAL

El ser humano, sociable por la propia naturaleza, pronto percibió que para convivir socialmente en armonía era preciso elaborar normas de conducta. El principio las reglas disciplinares del comportamiento humano eran basadas en las costumbres (ejemplos de vida) y verbales, pasadas de padres para hijos. Con la idealización de la escrita, esas normas comenzaron a ser grabadas en la forma de códigos y leyes, y así perpetuadas, pudiendo ser conocidas por las generaciones futuras, que trataron de analizarlas y perfeccionarlas.

De igual modo, como instrumento de concretización de esas reglas, cabe decir, de responsabilidad civil y penal de aquellos que las transgrediesen, los antepasados más lejanos conocieron la auto tutela el justicia privada, en que las víctimas o familiares de conflictos civiles o penales eran encargados de aplicar la pena con las propias manos, con el uso de la fuerza física o otro tipo de violencia.

Pero, frente a las ineficiencias de ese método, fue preciso idealizar otro sistema de aplicación de sanciones contra los no cumplidores de la ley. La idea que surgió fue transferir para alguien ajeno a las partes la tarea de juzgar quien estaría con la razón en el conflicto y cuál debería ser la sanción correspondiente. Esta tarea entonces fue transformada en monopolio del Estado¹⁹⁰.

En ese sentido, Mauro Cunha y Roberto Geraldo Coelho Silva¹⁹¹ aseveran que “si de las partes es retirado el poder de decisión o de hacer justicia, en él se substituye el juez para componer el conflicto”. Así el Estado delega al magistrado esta actividad substitutiva de las partes, obligándose a verificar cual conducta debe ser observada por los que está en conflicto, en el acto de conocimiento, y efectuarla por medio del acto de ejecución encontrarse

¹⁹⁰ “O artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988, declara que ‘a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito’. Acrescenta-se agora ameaça a direito, o que não é sem consequência, pois possibilita o ingresso em juízo para assegurar direitos simplesmente ameaçados. Isso já se admitia nas leis processuais, em alguns casos. A Constituição Federal de 1988 amplia o direito de acesso ao Poder Judiciário, antes de concretização da lesão. A primeira garantia que o texto revela é a de que cabe ao Poder Judiciário o monopólio da jurisdição, pois sequer se admite mais o contencioso administrativo que estava previsto na Constituição revogada. A segunda garantia consiste no direito de invocar a atividade jurisdiccional sempre que se tenha como lesado ou simplesmente ameaçado um direito, individual ou não, pois a Constituição já não mais o qualifica de individual, no que andou bem, porquanto a interpretação sempre fora a de que o texto anterior já amparava direitos, por exemplo, de pessoas jurídicas ou de outras instituições ou entidades não individuais, e agora hão de levar-se em conta os direitos coletivos também” (grifo do original) (SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 17. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 432).

¹⁹¹ CUNHA, Mauro; SILVA, Roberto Geraldo Coelho. **Guia para o estudo da teoria geral do processo**. 2. ed. amp. Porto Alegre: Acadêmica, 1990. p. 65.

resistencia a su decisión. De ese modo, substituye, “la actividad de las partes para decir con quien está el derecho, absolviendo de la punición o condenando a la obligación pretendida, y para efectuar el derecho, si necesario, ejerce la ejecución forzada”.

El objetivo de dar mayor garantía al derecho de las partes de accionar el Estado para que este resuelva el impase en lo cual están involucrados, el derecho de acción es actualmente consagrado como norma fundamental: “la ley no excluirá de la apreciación del Poder Judicial lesión o amenaza a derecho” (artículo 5º, inciso XXXV, de la Constitución Federal de 1988¹⁹²).

Este dispositivo constitucional trae un mandamiento que debe ser direccionado a todos sin distinción, y no apenas al legislador, he aquí que a partir del momento en que el Estado trajo para sí la función jurisdiccional¹⁹³, en el contrapunto municiónó el judiciable del derecho de accionar el Estado-juez para deducir su pretensión¹⁹⁴.

Significa decir que “todos tienen acceso a la justicia para postular tutela jurisdiccional preventiva o reparadora relativamente a un derecho”. En este concepto están contemplados no apenas los derechos individuales, mas también los difusos y colectivos. Con efecto, por el principio constitucional del derecho de acción, “todos tienen el derecho de obtener del Poder Judicial la tutela jurisdiccional adecuada”, cabe decir, “No es suficiente el derecho a la tutela jurisdiccional. Es necesario que esa tutela sea la adecuada, sin lo que estaría vacío de sentido el principio”¹⁹⁵.

Una de las principales recurrencias del principio constitucional fundamental del derecho de acción es la atribución de asistencia jurídica gratuita e integral a “todo aquel cuya situación económica no le permita pagar las costas del proceso y los honorarios de abogado sin perjuicio del sustento propio o de la familia” (artículo 2º, párrafo único, de la Ley nº 1.060, de 05 de febrero de 1950), en la forma de la previsión del inciso LXXIV, del artículo

¹⁹² BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 07 mai. 2013.

¹⁹³ Conforme Luiz Fernando Bellinetti, não se pode confundir tutela jurídica com tutela jurisdiccional. A tutela jurisdiccional é espécie e a tutela jurídica é gênero. Nas suas palavras, “tutela jurídica significa a proteção do direito para os direitos subjetivos e qualquer forma de atuar lícito, enquanto que a tutela jurisdiccional significa a proteção do Estado, com base no direito, para esses direitos e atividades lícitas, quando envolvidos em um conflito jurídico de interesses” (BELLINETTI, Luiz Fernando. **Tutela jurisdiccional satisfativa.** In: *Revista de Processo*, ano 21, nº 81, p. 98-103. São Paulo, jan./mar., 1996. p. 98).

¹⁹⁴ NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal.** 8. ed. ver. atual e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 130.

¹⁹⁵ *Idem, ibidem*, p. 132.

5º, de la Constitución Federal de 1988, Según lo cual el Estado prestará asistencia jurídica integral y gratuita a los que comprobar insuficiencia de recursos”.

Esta garantía constitucional de acceso a la justicia no quiere decir que el proceso haya que tener que sea gratuito. Con todo, si los gastos judiciales fueran excesivos acabarían creando obstáculos a ese derecho, atentando, incluso, contra la constitucionalidad. Fue justamente para evitar excesos que el Supremo Tribunal Federal editó el Enunciado de Súmula nº 667, publicado en 09 de octubre de 2003, p. 4, así menciona: “viola la garantía constitucional de acceso a la jurisdicción la tasa judicial calculada sin límite sobre el valor de la causa”¹⁹⁶.

Para la concepción más precisa sobre la garantía de acceso a la justicia, es preciso destacar que las expresiones “justicia gratuita”, “asistencia judicial” y “asistencia jurídica integral y gratuita” no son sinónimas, a pesar de las confusiones que se hace a respecto tanto, en el ámbito normativo, cuanto doctrinario y mismo jurisprudencial.

Para este estudio se comprende la justicia gratuita como la exenciones de todas las costas y gastos procesales en el sentido amplio, englobando incluso gastos extrajudiciales desde que legítimas (legales) y pertinentes al proceso. La asistencia judicial, a su turno, se refiere a los honorarios de los abogados especialmente. Por fin la “asistencia jurídica integral y gratuita” es el concepto amplísimo de gratuidad del proceso judicial, porque abarca la justicia gratuita y la asistencia judicial.

Para evitar confusiones, se adopta la expresión constitucional “asistencia jurídica integral y gratuita” con el significado expansivo del artículo 3º, y incisos, de la Ley nº 1.060, de 05 de febrero de 1950, que comprende las siguientes exenciones: tasas judiciales y de los sellos; emolumentos y costas debidos a los Jueces, órganos del Ministerio Público y sirvientes de la justicia; gastos con las publicaciones indispensables en el periódico encargado de la divulgación de los actos oficiales; indemnizaciones debidas a los testigos que, cuando empleados, recibirán del empleador sueldo integral, como si en servicio estuviesen, exceptuado el derecho regresivo contra el poder público federal, en el Distrito Federal y en los Territorios; o contra el poder público estadual, en los Estados; honorarios de abogados y peritos; gastos con la realización del examen de código genético - DNA que fuera solicitado por la autoridad judicial en las acciones de investigación de paternidad o maternidad; y

¹⁹⁶ STF, Supremo Tribunal Federal. **Enunciado de Súmula nº 667**. Julgado em 24 de setembro de 2003. Publicado no DJ de 09 de outubro de 2004, p. 04. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 mai. 2013.

depósitos previstos en ley para interposición de recurso, enjuiciamiento de acción y demás actos procesales inherentes al ejercicio de la amplia defensa y del contradictorio.

En ese estudio importa la concepción de que la asistencia jurídica en su amplio concepto constitucional es indispensable a la concretización del derecho fundamental al acceso al Poder Judicial. Así, para figurar como instrumento de concretización del derecho al acceso a la justicia definida como orden jurídica “justa”, la referencia sólo puede ser a la asistencia jurídica integral y gratuita, en los términos constitucionales, abarcando la asistencia judicial u honorarios de los abogados; y la justicia gratuita, cabe decir, las costas y demás gastos procesales legales (gastos judiciales y extrajudiciales).

El acceso a la justicia es actualmente una de las grandes preocupaciones de los operadores del derecho, porque a pesar de su elevación al nivel constitucional, en la práctica no viene siendo cumplido por el Estado. Esa inquietud transcurre de la comprensión de que si el acceso a la justicia es un derecho fundamental del ciudadano, es preciso que el Estado tome las debidas providencias para tornarlo eficaz, lo que implica seria modificación en la estructura de las vías de llegada de los justiciables a los tribunales brasileños en la busca de una solución para su litigio, principalmente en el tocante a los métodos y técnicas adoptados para el curso de los procedimientos judiciales¹⁹⁷.

2.1 CONCEPTO DE ACCESO A LA JUSTICIA

Para verificar si la asistencia jurídica integral y gratuita funciona, en la práctica, como instrumento de concretización del derecho al acceso a la justicia, y de que forma esa garantía puede ser efectivamente asegurada, es necesario antes de todo, definir ese derecho.

Para algunas palabras o expresiones es difícil encontrar significado conceptual uniforme, una de ellas es el “acceso a la justicia”, sea por los enfoques por medio de los cuales puede ser abordada, o mismo por las interpretaciones múltiples que conlleva.

Literalmente, “acceso” significa llegada, acercamiento, entrada. Así, en criterios generales es posible hablar de acceso a la justicia como la acción de recurrir a los medios disponibles por el sistema judicial de un Estado para la resolución de controversias o a la protección en tratándose de un delito. La prestación de la justicia es un deber del Estado destinado a garantizar el acceso efectivo a los económicamente más desvalidos.

¹⁹⁷ DELGADO, José Augusto. **Acesso à justiça**: um direito da cidadania. Conferência pronunciada no II Encontro dos Advogados da Paraíba, promoção da OAB, Seção da Paraíba, em 30 de maio de 1996. In: *Informativo Jurídico da Biblioteca Ministro Oscar Saraiva*, v. 9, n. 1, p 11-32. Brasília, jan./jun. 1997. p. 11.

El acceso a la justicia, también llamado de acceso a el orden jurídico justa, es el derecho de acceso de todos a los beneficios de la justicia y del asesoramiento legal y judicial, en la forma adecuada a la importancia de cada tema o asunto, sin costas o con costos accesibles, por parte de todas las personas físicas o jurídicas, sin cualquier discriminación.

Se destaca que hoy el concepto de que el acceso a la justicia significa a penas acceso a los tribunales ya no es satisfactorio. En las constataciones de José Renato Nalini¹⁹⁸, “todas las Constituciones brasileñas enunciaron el principio de la garantía de la vía judicial”, no como simple “gratuidad universal en el acceso a los tribunales, tan cara a los ideales románticos del individualismo liberal y que, por toda parte, si tiene, en absoluto, por utópica”, mas como “garantía, esa sí universal, de que la vía judicial estaría franqueada para defensa de todo y cualquier derecho, tanto contra particulares, como contra poderes públicos, independientemente de las capacidades económicas de cada uno”. Sin embargo, analiza que parece ilusoria esta garantía constitucional de acceso al Poder Judicial, delante de “tantos obstáculos que si anteponen al foro, al efectivo pleito de los derechos vulnerados”¹⁹⁹.

De acuerdo con José Joaquim Gomes Canotilho²⁰⁰, el principio constitucional de acceso al derecho y de la garantía de la tutela jurisdiccional efectiva, en la forma del artículo 20, de la Constitución portuguesa, en vigor desde 25 de abril de 1976, visa no apenas garantizar el acceso a los tribunales, como previa el “derecho de acceso a los tribunales” puesto en epígrafe en el texto de la Constitución Portuguesa anterior, “sino y principalmente posibilitar a los ciudadanos la defensa de derechos y intereses legalmente protegidos a través de un acto de *jurisdictio*”. En sus palabras:

[...] el derecho de acceso a los tribunales se reconduce fundamentalmente al derecho a una solución jurídica de actos y relaciones jurídicas controvertidas, a que si debe llegar un plazo razonable y con garantías de imparcialidad e independencia posibilitándose, un correcto funcionamiento de las reglas del contradictorio, en termos de cada una de las partes poder deducir sus razones (de hecho y de derecho), ofrecer sus pruebas, controlar las pruebas del adversario y discretear sobre el valor y resultado de causas y otras.

Eso quiere decir que el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva se concretiza fundamentalmente por medio de un proceso jurisdiccional equitativo y justo (debido proceso legal), y eso implica en el amplio acceso al Poder Judicial. El proceso civil, garantizado por la

¹⁹⁸ NALINI, José Renato. **Direitos humanos: novas perspectivas no acesso à justiça**. In: *Revista CEJ*, v. 1, nº 3, p. 61-69. Brasília, set./dez. 1997. p. 61.

¹⁹⁹ NALINI, José Renato. *Op. cit.*, p. 61.

²⁰⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003. p. 433.

realización del debido proceso legal, “se constitui en una de las principais formas de realización del derecho de acceso a la justicia. A ausencia de efectiva realización del derecho procesal civil implica denegação de todos los demás derechos”²⁰¹.

De ese modo, cuando se habla en “acceso a la justicia” pronto se imagina una justicia eficaz, que esté accesible quien de ella necesita y que pueda dar respuesta inmediata a las demandas, cabe decir, “una justicia capaz de atender a una sociedad en constante mudanza”, en fin, un acceso efectivo. De eso se infiere que la expresión “acceso a la justicia” sirve para determinar dos finalidades básicas del sistema jurídico: a) debe ser igualmente accesible a todos; y b) debe producir resultados que sean individual y socialmente justos²⁰². Para José Eduardo Carreira Alvim²⁰³, el acceso a la justicia:

[...] comprende el acceso a los órganos encargados de ministrarla, instrumentalizados de acuerdo con nuestra geografía social, y también un sistema procesal adecuado a la vinculación de las demandas, con procedimientos compatibles con la cultura nacional, bien así con la representación (en juicio) a cargo de las propias partes, en las acciones individuales, y de entes exponenciales, en las acciones colectivas, con asistencia judicial a los necesitados, y un sistema de recurso que no transforme el proceso en una busca interminable de justicia, tornando el derecho de la parte más un hecho virtual de que una realidad social.

Además de eso, entiende que el acceso a la justicia sólo será posible con jueces predestinados el llamamiento a realizar la “justicia en todas las instancias, con sensibilidad y consciencia de que el proceso pose también un lado perverso que precisa ser dominado, para que no haga, además del necesario, mal al alma del judiciable”²⁰⁴.

Conforme Luiz Guilherme Marinoni²⁰⁵, el acceso a la justicia debe significar el acceso a un proceso justo y al debido proceso legal; la garantía de acceso a una justicia imparcial; a una justicia igualitaria, contradictoria, dialéctica, cooperadora, que ponga a disposición de las partes todos los instrumentos y los medios necesarios que les permitan, concretamente, sustentar sus razones, producir sus pruebas, influir sobre la formación del convencimiento del juez.

²⁰¹ MARIN, Jeferson Dytz; LUNELLI, Carlos Alberto. **Além da condenação: a ausência de pragmaticidade da ação condenatória e a busca da eficiência processual.** In: *Revista Eletrônica Temas Atuais de Processo Civil*, vol. 01, nº 06, p. 21-37. Dez./2011. Disponível em: <<http://www.temasatuaisprocessocivil.com.br>>. Acesso em: 08 abr. 2014. p. 33.

²⁰² ALVIM, José Eduardo Carreira. **Justiça: acesso e descesso.** In: *Jus Navigandi*, ano 8, nº 65. Teresina, 01 mai. 2003. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/4078>>. Acesso em: 07 mai. 2013. p. 01.

²⁰³ *Idem, ibidem*, p. 01.

²⁰⁴ *Ibid*, p. 01.

²⁰⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas do processo civil.** São Paulo: RT, 1993. p. 24-25.

También debe significar acceso a la información y a la orientación jurídica, bien como a todos los medios alternativos de composición de conflictos. En sus palabras:

El acceso al orden jurídica justa es, antes de todo, una cuestión de ciudadanía. La participación de la gestión del bien común a través del proceso crea el paradigma de la ciudadanía responsable. Responsable por su historia, la del país, la de la colectividad. Nacido de una necesidad que trajo a la consciencia de la modernidad el sentido democrático del discurso, o sea, el deseo instituyente de tomar la palabra, y ser escuchado. Es necesario, por lo tanto, que también la jurisdicción sea pensada con varios objetivos, posibilitando el surgir del proceso como instrumento de realización del poder que tienen varios fines.

En esa desiderata, se vislumbra que el acceso a la justicia debe obedecer a un orden legal, o sea, que las partes tengan oportunidad de participar de la relación procesal y que la decisión del juzgador se acerque al máximo posible de los ideales de justicia evitando siempre la arbitrariedad y el autoritarismo, vez que el objetivo mayor del proceso es resolver la lid de acuerdo con la ley, y de forma menos gravosa posible para las partes.

La doctrina²⁰⁶ normalmente distingue dos orientaciones fundamentales en el derecho de acceso a la justicia, una formal y otra material.

El acceso formal significa que la justicia debe ser accesible, imparcial, idónea, transparente, autónoma, independiente, responsable y equitativa. Cabe decir, que se restringe a entregar una solución judicial lo más rápido posible, sin dilaciones indebidas, formalismos el reposiciones inútiles.

El derecho material de acceso a la justicia tiene por contenido la posibilidad real de los ciudadanos de hacer uso de la jurisdicción para la solución de sus conflictos de intereses. Esta orden se relaciona con diversos aspectos físicos, referidos a la población y su distribución geográfica, a la educación de la población y a la situación socioeconómica; y con diversos aspectos judiciales, vinculados al presupuesto que el Estado destina al sistema judicial, al modo de elección de los jueces, la construcción de sedes judiciales adecuadas y en número suficiente, en cuanto la localización geográfica y idoneidad de la edificación que permitan el efectivo acceso a los tribunales.

²⁰⁶ PERDOMO, Juan Rafael. **Acceso à Justicia**. Venezuela: Tribunal Supremo de Justiça, [s.d.]. Disponível em: <http://www.tsj.gov.ve/informacion/miscelaneas/acceso_justicia.htm#acceso>. Acesso em: 07 mai. 2013. p. 01.

Los juristas Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover y Cândido Rangel Dinamarco²⁰⁷ explican que:

Acceso a la justicia no se identifica, pues, con la mera admisión al proceso, o posibilidad de ingreso en juicio. Como se verá en el texto, para que haya el efectivo acceso a la justicia es indispensable que el mayor número posible de personas sean admitido a demandar y a defenderse adecuadamente (incluso en proceso criminal), siendo también condenables las restricciones cuanto a determinadas causas (pequeño valor, intereses difusos); mas, para la integralidad del acceso a la justicia, es preciso eso y mucho más.

Prosiguen esclareciendo que el acceso a la justicia es la “idea central la que converge toda la oferta constitucional y legal de esos principios y garantías”. De ese modo: a) por primero precisa permitir la amplia admisión de personas y causas al proceso (universalidad de la jurisdicción); b) después debe garantizar a todas las personas y causas (civiles y criminales) la observación de las reglas que consubstancian el debido proceso legal; c) para que las partes interesadas puedan participar intensamente de la formación del convencimiento del juez en el juicio de la causa (principio del contradictorio); y d) pudiendo exigir del juzgador la efectividad de una participación dialógica, todo en el objetivo de preparar una solución justa, capaz de eliminar todo residuo de insatisfacción²⁰⁸.

En suma, el acceso a la justicia es un derecho fundamental de los ciudadanos de reclamar por medio de los mecanismos institucionales la protección de un derecho legalmente reconocido, lo que implica el acceso a las instancias administrativas y judiciales competentes para resolver conflictos y reconocer derechos.

El acceso a la justicia, derecho constitucionalmente garantizado, se encuentra hoy en día nuevamente en el centro del debate, por el efecto de su reconocimiento con un derecho fundamental que tiende a aliviar una de las expresiones más dramáticas de la pobreza, la pobreza legal, producto de la ignorancia jurídica de amplios sectores de la ciudadanía, que les impide hacer uso material de la ley y de sus instituciones.

Este derecho exige, para su concretización, que no solo se proporcione una asistencia judicial que garanta un debido proceso por la vía de la igualdad de las partes en el ejercicio de sus derechos, sino que además de eso se entregue un servicio formativo y informativo que permita al judiciable adquirir el conocimiento jurídico necesario para comprender el alcance de sus derechos.

²⁰⁷ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Op. cit.*, p. 39.

²⁰⁸ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Op. cit.*, p. 40.

Siendo así, la cualidad de los servicios del profesional jurídico será medida no solamente por sus destrezas de gestión, sino también de acuerdo con su desempeño como formador de una consciencia jurídica de tal modo que, frente a una problemática legal, cada ciudadano sea capaz de adoptar decisiones informadas y responsables en aquellos temas que le afecten.

Se observa que el proceso no debe ser apenas el medio por el cual se busca una prestación jurisdiccional del Estado, sino un instrumento destinado a servir todo y cualquier ciudadano en la busca de su derecho, llevando en consideración que el acceso a la justicia es una garantía constitucional.

Con todo son tantos los obstáculos enfrentados por los brasileños para conseguir la prestación jurisdiccional, que pocos la consiguen de forma efectiva.

2.2 ÓBICES A LA CONCRETIZACIÓN DEL ACCESO A LA JUSTICIA

El acceso a la justicia es uno de los problemas más graves en Brasil, pues las dificultades de acceso frustran el ejercicio de la ciudadanía, fragilizando el Estado Democrático de Derecho.

Con todo no se trata de un problema apenas brasileño. En una audiencia mediante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos realizada en Washington/DC, el 27 de octubre de 2008, el Instituto de Defensa Legal - IDL de Perú; la Fundación Debido Proceso Legal - DPLF y el Centro de Derechos Humanos en las Américas de la Universidad de Paul - DEPAUL de Chicago; el Centro de Derechos Humanos y Asesoría a Pueblos Indígenas - CEDHAPI de México; y el Centro de Estudios sobre Justicia y Participación - CEJIP de Bolivia, expusieron los problemas sobre las principales barreras para el acceso igualitario al poder Judicial en América Latina²⁰⁹.

Consta en el documento emitido en la referida audiencia de octubre de 2008 el ensayo de un estudio previo constatando que la doctrina y la jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos conciben el acceso a la justicia como una norma *jus cogens* que genera la obligación nos Estados de adoptar las medidas necesarias para tornarlo efectivo, enumerando, para tanto, por lo menos seis argumentos:

²⁰⁹ DPLF, Fundação Devido Processo Legal. **Barreras para el acceso à justicia en America Latina: audiência ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.** Washington/DC, IDL, DPLF, CEDHAPI e CEJIP, 27 de outubro de 2008. Disponível em: <<http://www.dplf.org/uploads/1225727341.pdf>>. Acesso em: 07 mai. 2013. p. 02.

a) el acceso a la justicia es un derecho que permite efectuar otros derechos que viene siendo vulnerados el que deben ser reconocidos a quien se socorre del sistema de justicia para solucionar sus conflictos jurídicos. En la misma medida, el derecho al acceso a la justicia se configura como una garantía del derecho de igualdad pues supone que los Estados aseguren a todos los ciudadanos la igualdad de oportunidades sin sufrir cualquier tipo de discriminación;

b) el derecho de acceso a la justicia se configura como una garantía fundamental con reconocimiento nacional y internacional en el ámbito regional y universal. De hecho, el derecho de acceso a la justicia fue reconocido en la Convención Americana sobre Derechos Humanos en los artículos 8^o²¹⁰ y 25²¹¹ y en el artículo XVII de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre²¹².

²¹⁰ “Artigo 8º: garantias judiciais: 1 - 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. 2 - toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena , às seguintes garantias mínimas: a) direito do acusado de ser assistido gratuitamente por tradutor ou intérprete, se não compreender ou não falar o idioma do juízo ou tribunal; b) comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada; c) concessão ao acusado do tempo e dos meios adequados para a preparação de sua defesa; d) direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor; e) direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei; f) direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos; g) direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada; e h) direito de recorrer da sentença a juiz ou tribunal superior. 3 - a confissão do acusado só é válida se feita sem coação de nenhuma natureza. 4 - o acusado absolvido por sentença transitada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos. 5 - o processo penal deve ser público, salvo no que for necessário para preservar os da justiça” (DIREITO INTERNACIONAL. **Convênio Americana sobre Direitos Humanos - CADH, Pacto de San José**. Adotada e aberta à assinatura na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, em San José de Costa Rica, em 22 de novembro de 1969. Disponível em: <http://www.operacoesespeciais.com.br/userfiles/02_CADH.pdf>. Acesso em: 07 mai. 2013).

²¹¹ “Artigo 25 - proteção judicial: 1 - toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais. 2 - os Estados Partes comprometem-se: a) a assegurar que a autoridade competente prevista pelo sistema legal do Estado decida sobre os direitos de toda pessoa que interpuser tal recurso; b) a desenvolver as possibilidades de recurso judicial; e c) a assegurar o cumprimento, pelas autoridades competentes, de toda decisão em que se tenha considerado procedente o recurso” (Convenção Americana sobre Direitos Humanos - CADH, de 1969).

²¹² “Artigo XVII: toda pessoa pode recorrer aos tribunais para fazer respeitar os seus direitos. Deve poder contar, outrossim, com processo simples e breve, mediante o qual a justiça a proteja contra atos de autoridade que violem, em seu prejuízo, quaisquer dos direitos fundamentais consagrados constitucionalmente” (DIREITO INTERNACIONAL. **Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, de 1948**. Resolução XXX, Ata Final, aprovada na IX Conferência Internacional Americana, em Bogotá, em abril de 1948. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/oea/oadcl.htm>>. Acesso em: 07 mai. 2013).

Asimismo, conviene destacar que en otras sentencias y opiniones consultivas la Corte Interamericana de Derechos Humanos - COIDH ha hecho referencias a las obligaciones del Estado en relación a la efectividad del derecho de acceso a la justicia; aspectos que las partes de la Convención Americana sobre Derechos Humanos - CADH deben tomar en cuenta para cumplir con las obligaciones generales del artículo 1º y 2º²¹³ del tratado en mención y garantizar este derecho reconocido en la Convención”²¹⁴.

c) igualmente, en el artículo 7º, alineas “c” hasta “g” de la Convención de Belém del Pará de 1994 se destaca que los Estados signatarios se encuentran obligados a incluir normas penales civiles, administrativas y de otra naturaleza en su ordenamiento interno para prevenir, sancionar, erradicar la violencia, adoptar medidas de restricción al agresor, abolir leyes vigentes así como reglamentos, y modificar prácticas consuetudinarias que establezcan procedimientos legales justos y eficaces para la mujer sometida a la violencia, que incluyan, de entre otros, medidas de protección, un juicio oportuno y el acceso efectivo a tales procedimientos, además de establecer mecanismos judiciales y administrativos para asegurar que la mujer víctima de violencia tenga efectivo acceso a la restitución, reparación del daño y otros medios de compensación justos y eficaces²¹⁵;

²¹³ “Artigo 1º: obrigação de respeitar os direitos: 1 - os Estados Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita a sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social. 2 - para os efeitos desta Convenção, pessoa é todo ser humano. Artigo 2º: dever de adotar disposições de direito interno: se o exercício dos direitos e liberdades mencionados no artigo 1º ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza, os Estados Partes comprometem-se a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades” (Convenção Americana sobre Direitos Humanos - CADH, Pacto de San José, de 1969).

²¹⁴ DPLF, Fundação Devido Processo Legal. *Op. cit.*, p. 02.

²¹⁵ “Artigo 7º: os Estados Partes condenam todas as formas de violência contra a mulher e convêm em adotar, por todos os meios apropriados e sem demora, políticas destinadas a prevenir, punir e erradicar tal violência e a empenhar-se em: [...] c) incorporar na sua legislação interna normas penais, civis, administrativas e de outra natureza, que sejam necessárias para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher, bem como adotar as medidas administrativas adequadas que forem aplicáveis; d) adotar medidas jurídicas que exijam do agressor que se abstenha de perseguir, intimidar e ameaçar a mulher ou de fazer uso de qualquer método que danifique ou ponha em perigo sua vida ou integridade ou danifique sua propriedade; e) tomar todas as medidas adequadas, inclusive legislativas, para modificar ou abolir leis e regulamentos vigentes ou modificar práticas jurídicas ou consuetudinárias que respaldem a persistência e a tolerância da violência contra a mulher; f) estabelecer procedimentos jurídicos justos e eficazes para a mulher sujeitada a violência, inclusive, entre outros, medidas de proteção, juízo oportuno e efetivo acesso a tais processos; e g) estabelecer mecanismos judiciais e administrativos necessários para assegurar que a mulher sujeitada a violência tenha efetivo acesso a restituição, reparação do dano e outros meios de compensação justos e eficazes; [...]” (DIREITO INTERNACIONAL. **Convenção de Belém do Pará, de 1994**. Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher. Expedida na Cidade de Belém do Pará, Brasil, no dia nove de junho de mil novecentos e noventa e quatro. Disponível em: <<http://www.cidh.oas.org/Basicos/Portugues/m.Belem.do.Para.htm>>. Acesso em: 07 mai. 2013).

d) también resulta pertinente aclarar la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 07 de septiembre de 2007, que expresa el precepto de que los pueblos indígenas tienen derecho a promover, desarrollar y mantener sus estructuras institucionales y sus propias costumbres (artículo 34²¹⁶). Los pueblos indígenas desconocen y por eso no confían en el sistema judicial. También los operadores del derecho ni siempre buscan enterarse de la cultura, de las lenguas, de las razones y de las formas de solución de controversias que ocurren dentro de las tribus (barreras culturales y lingüísticas);

e) además de eso, ahora en el ámbito de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, el derecho de acceso a la justicia y la necesidad de que se tomen medidas para tornarlos efectivos también ya fueron objeto de preocupación y estudio. Por ejemplo, los informes sobre el caso de las mujeres víctimas de violencia; del estado de derecho de acceso a la justicia en Bolivia; y del acceso a la justicia como mecanismo de efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales²¹⁷; y

f) otra información importante es la de que en los últimos años diversos organismos multilaterales, como, por ejemplo, el Banco Mundial y el Banco Interamericano de Desarrollo, de entre otros, vienen enfatizando la necesidad de que los Estados reformen sus sistemas de justicia en el sentido de optimizar el acceso a la justicia, haya vista que para un efectivo desarrollo económico, incluso en la iniciativa privada, en una sociedad compleja, competitiva, rápida y llena de conflictos, es necesario que el Estado ofrezca un sistema jurídico eficiente y que todos los consumidores y abastecedores tengan acceso amplio a la justicia.

A pesar de toda esa estructura jurídica, muchas barreras aún persisten que limitan el acceso a la justicia de la población mundial, en particular de los grupos más vulnerables. El Sistema Interamericano de Derechos Humanos destaca como principales problemas en este sentido: a) las barreras culturales y lingüísticas: a ejemplo de lo que ocurre con la discriminación étnica y cultural que afecta los pueblos indígenas; b) las barreras económicas: las costas procesales que son excesivas para quien vive en la pobreza; y c) las barreras de género: el prejuicio de género de los funcionarios del sistema de justicia que ponen en

²¹⁶ “Artigo 34: os povos indígenas têm direito a promover, desenvolver e manter suas estruturas institucionais e seus próprios costumes, espiritualidade, tradições, procedimentos, práticas, quando existam, costumes ou sistemas jurídicos, de conformidade com as normas internacionais de direitos humanos” (DIREITO INTERNACIONAL. **Declaração sobre os Direitos dos Povos Indígenas, de 2007**. Aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 07 de setembro de 2007. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Direito-dos-Povos-Ind%C3%ADgenas/declaracao-das-nacoes-unidas-sobre-os-direitos-dos-povos-indigenas.html>>. Acesso em: 07 mai. 2013).

²¹⁷ DPLF, Fundação Devido Processo Legal. *Op. cit.*, p. 03.

desventajas las mujeres y otros grupos de minorías y la ausencia de servicios jurídicos especializados para atender esas personas.

Aunque estos no sean los únicos obstáculos, son los más palpables y los que contribuyen en efectivo para generar situaciones de sistemática vulneración y exclusión de ciertos sectores de la población latinoamericana en relación al derecho de acceso a la justicia. La doctrina²¹⁸ suele citar como principales trabas a la concretización del derecho al acceso al Poder Judicial, de entre muchos otros obstáculos: el desconocimiento del derecho, el tiempo del proceso, y las costas procesales.

2.2.1 El desconocimiento del derecho

La imposibilidad de conocer el derecho como obstáculo al acceso a la justicia se refiere al desconocimiento de los derechos que asisten a las personas para solicitar el reconocimiento o defender un derecho vulnerado. Esto implica, en la práctica, en cierta resistencia para recurrir a los tribunales. A este factor María Mercedes Sosa²¹⁹ incluye otros que aunque se relacionen a la realidad de Argentina, son perfectamente identificables en el escenario brasileño: a) la ineficiente distribución de competencias de los tribunales; b) la falta

²¹⁸ Por exemplo, José Carlos Lima Júnior cita como obstáculos ao acesso à justiça: a desigualdades econômicas (custo do processo); a falta de informação; a demora processual; a estrutura do Poder Judiciário; a questão psicológica; o uso indiscriminado de recursos e os litigantes eventuais diante dos litigantes habituais (LIMA JÚNIOR, José Carlos. **Acesso à Justiça**. In: *Jus Navigandi*, ano 14, nº 2334. Teresina, 21 nov. 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/13901>>. Acesso em: 07 mai. 2013). Já a jurista argentina María Mercedes Sosa cita como principais entraves ao acesso à justiça: as custas do juízo; o tempo do processo, a posição econômica das partes e a possibilidade de conhecer o direito (SOSA, María Mercedes. **El poder judicial y la garantía del acceso a justicia**. In: *Revista do Poder Judicial de la Provincia de Corrientes - Argentina*, [s.d.]. Disponível em: <<http://www.juscorrientes.gov.ar/informacion/publicaciones/publicaciones.php>>. Acesso em: 07 mai. 2013). José Renato Nalini destaca, “dentre as muitas que representam obstáculo à ampliação do acesso à Justiça”, três causas: o desconhecimento do direito, a pobreza e a lentidão do processo”. (NALINI, José Renato. *Op., cit.*, p. 62). Ainda Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco enumeram como óbices que a experiência mostra estarem constantemente a ameaçar o acesso à justiça: as custas processuais; o modo de ser do processo (distância/hierarquia entre os magistrados e as partes; decisões injustas; e decisões inefetivas/processos demorados (CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Op. cit.*, p. 40-41). Carlos Augusto Medeiros de Andrade enumera como obstáculos ao acesso á justiça: os custos da demanda custas judiciais e honorários advocatícios); a impossibilidade das partes; e o sistema processual (ANDRADE, Carlos Augusto Medeiros de. **Acesso à justiça no Brasil: obstáculos e instrumentos garantidores**. In: *THEMIS*, Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará, v. 5, nº 1, p. 119-157. Ceará, jan./jul. 2007. p. 119). Fredie Didier Júnior e Rafael Oliveira também identificam inúmeros óbices que dificultam ou mesmo impedem efetivamente o livre acesso do cidadão à “ordem jurídica justa”, destacando como exemplos: as formas de tutela jurisdicional dos direitos; a duração do processo; as questões sociais, culturais e psicológicas; e o custo do processo (DIDIER JÚNIOR, Fredie; OLIVEIRA, Rafael. **Benefício da justiça gratuita**. 4. ed. Salvador: JusPODIVM, 2010. p. 30).

²¹⁹ SOSA, María Mercedes. *Op. cit.*, p. 01.

de profesionales e infraestructura limitada del Poder Judicial; c) la escasa capacitación y formación jurídica de los operadores del derecho; y d) la carencia de recursos técnicos y financieros.

De la lectura conjunta de esas trabas relacionadas al desconocimiento del derecho, resulta que el acceso a la justicia se cumple apenas mínimamente en el aspecto material. A pesar de que en la normatividad formal el principio en pantalla se encuentra debidamente consagrado y diversas veces definido, la realidad material es bien diversa.

Por eso se impone un cambio de paradigma en todos los profesionales jurídicos. El proceso judicial no puede ser una utopía. Se trata de un medio para llegar a una solución de conflictos que sólo será posible si todos sus intervinientes (actor, demandado, abogados, auxiliares de la justicia, funcionarios judiciales y magistrados en última instancia) comprender y internalizar la necesidad de modificar el sistema para conseguir efectivamente el reconocimiento, la pretensión y la tutela de los derechos constitucionales²²⁰.

Los operadores del derecho no son detentores del poder de resolver todos los problemas del mundo, pero integran el Estado y deben comprometerse con la tarea de contribuir para que el Poder Judicial concrete sus objetivos.

Segun José Carlos Lima Júnior²²¹, grande parcela de los ciudadanos no conoce sus derechos y tampoco tienen acceso a la orientación y a la información jurídica. Explica que normalmente los pobres perciben la existencia de problemas, mas ni siempre consiguen configurarlos o percibirlos como problemas de naturaleza jurídica.

De hecho, cuanto más pobre es el ciudadano, más difícil es su contacto con un abogado, no apenas porque los abogados no hacen parte de su círculo de relaciones sociales, pero principalmente porque generalmente las oficinas de abogacía se ubican en regiones centrales, lejanas de los locales de residencia de los económicamente menos favorecidos.

Con efecto, la dificultad de consulta a un abogado figura como más uno de los incontables obstáculos que el pobre necesita superar para tener acceso a la justicia.

Al analizar el tema, José Renato Nalini²²² puntualiza que “las personas no podrán disfrutar de la garantía de hacer valer sus derechos mediante los tribunales, si no conocen la ley y tampoco el límite de sus derechos”, explicando que:

Si la aplicación del derecho es, normalmente, tarea de especialistas (juristas en sentido lato), muchas veces por la vía del Poder Judicial (porque su aplicación

²²⁰ SOSA, María Mercedes. *Op. cit.*, p. 01.

²²¹ LIMA JÚNIOR, José Carlos. *Op. cit.*, p. 01.

²²² NALINI, José Renato. *Op., cit.*, p. 62-65.

también es conflictual), no se pone, por eso, la necesidad de un amplio o generalizado interés en conocimiento de la forma (técnica) como el derecho es aplicado. Mas ya en relación a su conocimiento la situación es otra porque, aquí, el acceso al conocimiento del derecho debe ser generalizado, hasta como presupuesto de su propia aplicación. Hoy, se encara este conocimiento como un derecho – el derecho a los derechos.

Por eso, en el fin de ampliar el acceso a la justicia, el magistrado tiene como obligación primero en el ejercicio de su profesión “la diseminación del conocimiento del derecho”, por medio de la institución o del mismo de esfuerzo personal.

En el aspecto institucional, los tribunales y asociaciones de magistrados pueden tornar el derecho conocido por medio de la elaboración y divulgación de cartillas esclareciendo, por ejemplo, cómo obtener asistencia judicial, pedir alimentos, de entre muchas otras hipótesis, además de promover palestras y debates en las escuelas y con la comunidad en general.

En la esfera personal, el juez al elaborar una sentencia demuestra el verdadero sentido y alcance de la ley, ejerciendo, Finalmente, una función docente. Por eso necesita haber consciencia de que el texto de la decisión debe ser simple, claro, atrayente y eficaz, para que el ciudadano común entienda su contenido.

Así, el hermetismo del lenguaje impide el acceso a la justicia porque las partes precisan entender la decisión del juez para poder cumplirla. Solamente por medio de la información y pleno conocimiento del derecho es posible alcanzar el instrumento de acceso a el orden jurídico justa, “única legitimidad para la propia existencia de jueces y del Poder Judicial”²²³.

2.2.2 El tiempo del proceso

El tiempo de duración de un proceso judicial, para producir el efecto de contribuir con el acceso a la justicia y no perjudicar los justiciables, debe ser razonable.

Además, la parte que posee mayor solvencia económica se coloca, en términos de negociación, como la parte más fuerte del conflicto. Para este justiciable, la demora en el proceso no lo perjudica esencialmente. Así las ventajas económicas se traducen, muchas veces, en el detrimento de los derechos de los económicamente más débiles, que mediante de un juicio dilatado pierden en sus pretensiones vulnerando su derecho de obtener una sentencia justa en un proceso judicial.

²²³ NALINI, José Renato. *Op., cit.*, p. 65.

Conforme la verificación de Mauro Cappelletti y Bryant Garth²²⁴ el factor “tiempo” es uno de los obstáculos a ser desplazado a fin de obtenerse un efectivo acceso a la justicia, que es garantizado como derecho fundamental en los más distintos ordenamientos jurídicos. A partir del análisis de la doctrina de esos autores es posible verificar que el problema relacionado con el tiempo excesivo de duración de un proceso no es apenas brasileño, pues:

[...] en muchos países, las partes que buscan una solución judicial precisan esperar dos o tres años, o más, por una declaración ejecutable. Los efectos de ese retraso, especialmente si considerados los índices de inflación, pueden ser devastadores. Ella aumenta los costes para las partes y presiona los económicamente flacos a abandonar sus causas, o aceptar acuerdos por valores muy inferiores a aquellos a que tendrían derecho. La Convención Europea para Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales reconoce explícitamente, en el artículo 6º, párrafo 1º que la justicia que no cumple sus funciones dentro de “un plazo razonable” es, para muchas personas, una justicia inaccesible” (grifos de lo original)²²⁵.

Luiz Guilherme Marinoni²²⁶ pondera que la morosidad además de significar un gravamen excesivo al litigante, también inhibe el acceso a la justicia. En sus palabras:

La lentitud lleva al ciudadano a desacreditar en el Poder Judicial, lo que es altamente nocivo a los fines de pacificación social de la jurisdicción, pudiendo hasta mismo conducir a la deslegitimación del poder. Por lo tanto, es tarea de la dogmática - preocupada con la construcción del proceso justo e igual - pensar en técnicas que justifiquen, racionalmente, la distribución del tiempo del proceso.

Por eso que la Convención Europea para Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, de 2002, en el artículo 6º, párrafo 1º, reconoce expresamente que la justicia que no cumple sus funciones dentro de un plazo previamente definido como razonable es, para muchas personas, una justicia inaccesible:

Artículo 6º - derecho a un proceso equitativo: 1 - cualquier persona tiene derecho a que su causa sea examinada, equitativa y públicamente, en un plazo razonable por un tribunal independiente e imparcial, establecido por la ley, lo cual decidirá, quiere sobre la determinación de sus derechos y obligaciones de carácter civil, quiere sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella. El juicio debe ser público, mas el acceso a la sala de audiencias puede ser prohibido a la prensa o al público durante la totalidad o parte del proceso, cuando a bien de la moralidad, de la orden pública o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, cuando los intereses de menores o la protección de la vida privada de

²²⁴ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução e revisão de Ellen Grade Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, reimpresso em 2002. p. 15.

²²⁵ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Op. cit.*, p. 15.

²²⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela antecipatória e julgamento antecipado**: parte incontroversa da demanda. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 30.

las partes en el proceso lo exigir, o, en la medida juzgada estrictamente necesaria por el tribunal, cuando, en circunstancias especiales, la publicidad pudiese ser perjudicial para los intereses de la justicia. [...] ²²⁷.

La demora judicial es un factor que incide profundamente cuando se cuestiona la justificación del servicio de justicia. Una justicia que no de la respuestas en el tiempo adecuado no es justa. Con todo, desde una visión garantista el proceso debe respetar la lógica interior de la contradicción, del debate, de la prueba, de la sentencia y del recurso. Significa decir que el proceso judicial hay que ser lo más rápido posible, sin, con todo, atropellar fases procedimentales importantes a la garantía de derechos. Por lo tanto, “es necesario perfeccionar, simplificar, mas no dispensar el proceso porque eso atentaría contra el principio de la debida defensa en juicio”²²⁸.

2.2.3 Las costas procesales

La pobreza, sin duda, es otro gran obstáculo a la concretización del derecho de acceso a la justicia. Además de dificultar el acceso a la información sobre el derecho, la falta de recursos financieros para pagar abogado y las costas procesales inhibe la opción por el accionamiento del Poder Judicial. En las palabras de José Renato Nalini²²⁹:

La barrera de la pobreza impide la sumisión de todos los conflictos a la apreciación de un juez imparcial. Mas es muchísima trágica si considerada a la dimensión del acceso del pobre a los derechos. Los desposeídos son privados hasta de los derechos fundamentales de primera generación, para ellos meras declaraciones retóricas, sin repercusión en su vida práctica.

Además, vencer la pobreza es deber positivado en la Constitución Federal de 1988, que en su artículo 3º, inciso III, expresa que “constituyen objetivos fundamentales de la República Federativa de Brasil”, de entre otros, “erradicar la pobreza y la marginalización y reducir las desigualdades sociales y regionales”. Más adelante, consta en el artículo 23, inciso X, que “es competencia común de la Unión, de los Estados, del Distrito Federal y de los Municipios, además de otras acciones, “combatir las causas de la pobreza y los factores de marginalización, promoviendo la integración social de los sectores desfavorecidos”.

²²⁷ DIREITO INTERNACIONAL. **Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais**. Protocolo feito em Vilnius, em 03 de maio de 2002. Disponível em: <http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/7510566B-AE54-44B9-A163-912EF12B8BA4/0/POR_CONV.pdf>. Acesso em: 07 mai. 2013.

²²⁸ SOSA, María Mercedes. *Op. cit.*, p. 01.

²²⁹ NALINI, José Renato. *Op., cit.*, p. 65.

De ese modo, nadie está liberado del compromiso de contribuir para que los índices de miseria en Brasil sean disminuidos. Y si la lucha contra la pobreza es la única alternativa para el desarrollo de Brasil, de ella no puede descuidarse los operadores del derecho, principalmente los jueces que como servidor del pueblo, necesita estar atento a los preceptos constitucionales, principalmente el pacto fundamental del Estado con la población brasileña de “construir una sociedad libre, justa y solidaria” (artículo 3º, inciso I, de la Constitución Federal Brasileña de 1988) y de “erradicar la pobreza y la marginalización y reducir las desigualdades sociales y regionales” (artículo 3º, inciso III, de la Constitución Federal de 1988).

Por tanto, el juzgador nunca puede perder de vista la realidad concreta de la sociedad donde ejerce su oficio:

En un Estado como Brasil, de muchos millones de miserables, el juez necesita reflejar continuamente si él está siendo factor de rescate de sus semejantes o instrumento de más intensamente afligir el afligido. Podrá ser uno y otro, utilizándose de la misma técnica de juicio. Los estudiosos conscientes saben que la ley es materia plasmable y fluida, a conformarse con la ideología de quien la aplica²³⁰.

El crecimiento de la pobreza reduce el acceso a la justicia, por eso, “es necesario eliminar las dificultades económicas que impidan el desanimen las personas de litigar el dificulten el ofrecimiento de defensa adecuada”. El obstáculo de los gastos con el proceso judicial se relaciona con las costas judiciales debidas al Poder Judicial y sus órganos, con los gastos con abogado y con los gastos en la producción de las pruebas.

Para neutralizar esa dificultad se debe cumplir la oferta constitucional de asistencia jurídica integral y gratuita (artículo 5º, inciso LXXIV), tanto en la esfera civil como criminal, para que nadie sea privado de ser convenientemente oído por el juez por falta de recursos financieros, cabe decir, “la justicia no debe ser tan cara que su costo deje de guardar proporción con los beneficios pretendidos”.

Como verifica María Mercedes Sosa²³¹, a los honorarios de los abogados y las costas del proceso judicial constituyen impedimento significativo para el acceso al órgano jurisdiccional. Más que un derecho y garantía, el acceso a la justicia es un principio constitucional, por eso para pedir la tutela jurídica del Estado quien no pose condiciones financieras debe ser popado de costas, porque de ese modo es posible asegurar efectivamente

²³⁰ NALINI, José Renato. *Op. cit.*, p. 66.

²³¹ SOSA, María Mercedes. *Op. cit.*, p. 01.

a cada persona la posibilidad de recorrer a los tribunales y recibir amparo isonómico en el ejercicio de su derecho.

El factor económico es considerado uno de los principales factores que alejan los ciudadanos de los tribunales, en recurrencia de los gastos de la demanda, que abarcan, de entre otros tan importante cuanto, a ejemplo de la falta de dinero para pagar el transporte hasta el fórum, sacar copias de documentos necesarios para el ingreso de pedidos administrativos el judiciales, los honorarios de los abogados y las costas judiciales²³².

Las costas judiciales o procesales o, aún, las gastos con el proceso judicial impone una distancia prácticamente insuperable a las camadas sociales menos favorecidas económicamente hablando, pues son pocas las personas que consiguen pagar los valores necesarios para impetrar con una acción judicial sin que eso venga a comprometer el sustento de su familia²³³.

Además de los de los montos pagados para iniciar el juicio es necesario contratar un abogado, o mismo otro profesional en el caso de un contador para elaborar un cálculo o de un ingeniero para el caso de necesidad de una planta para una acción de usucapión. Los honorarios de esos profesionales normalmente son estipulados en tabla oficial por la Orden de los Abogados de Brasil el por el Consejo de Profesión y normalmente extrapolan en mucho las condiciones financieras de quien recibe apenas un sueldo mínimo por mes²³⁴.

Como asevera José Carlos Lima Júnior²³⁵, “el costo del proceso puede impedir el ciudadano de proponer la acción, aunque haya convicción de que su derecho fue violado o está siendo amenazado de violación”. Significa decir que “por razones financieras, expresiva parte de los brasileños puede ser obligada a abrir mano de sus derechos”. De ese modo, la hipo suficiencia económica acaba impidiendo que el ciudadano recurra al Poder Judicial para que defienda sus derechos. En Brasil no faltan preceptos legales garantizando el acceso a la justicia²³⁶ a los menos favorecidos económicamente, con todo, si eso demuestra las buenas

²³² ANDRADE, Carlos Augusto Medeiros de. *Op. cit.*, p. 127-128.

²³³ Como exemplos podem ser citadas as ações de divórcio, de separação judicial ou de alimentos, que dependendo do “valor da causa” as custas iniciais podem chegar a um salário mínimo. Levando-se em conta que a imensa maioria das pessoas que tem emprego devidamente registrado (boa parte delas não tem) percebe um salário mínimo mensal e com o referido valor precisam atender as necessidades vitais básicas e às de sua família. Logo, fica praticamente impossível pagar as custas processuais, haja vista que o ordenado do mês é insuficiente para pagar apenas a despesa processual, eis que a despesa corresponde ao salário mínimo enquanto que o salário sofre descontos tornando-se o valor líquido um pouco menor (ANDRADE, Carlos Augusto Medeiros de. *Op. cit.*, p. 128).

²³⁴ ANDRADE, Carlos Augusto Medeiros de. *Op. cit.*, p. 128-130.

²³⁵ LIMA JÚNIOR, José Carlos. *Op. cit.*, p. 01.

²³⁶ Vide inciso LXXIV, do artigo 5º, da Constituição Federal de 1988 e Lei nº 1.060, de 05 de fevereiro de 1950 (BRASIL, Legislação. **Lei nº 1.060, de 05 de fevereiro de 1950**. Estabelece normas para a

intenciones de los legisladores, que son los legítimos representantes del pueblo, desnuda el desinterés de los órganos públicos responsables por la implementación de los derechos positivados no apenas en leyes, sino también en el texto constitucional.

También en las verificaciones de Fredie Didier Júnior y Rafael Oliveira²³⁷, el costo del proceso es un “obstáculo serio” que constantemente impide el acceso a el orden jurídico, “en la medida en que segrega aquellos que no tiene recursos financieros suficientes para arcar con los costos de un proceso judicial, tampoco tiene como contratar profesional habilitado a postular en juicio, en su nombre”. Para solucionar el problema surge el derecho a la asistencia jurídica integral y gratuita.

En la lección de Araken de Assis²³⁸ sobre el asunto, “antes de poner los necesitados en situación material de igualdad, en el proceso”, es necesario fornecer medios mínimos para ingresar en juicio. En este sentido, la gratuidad es esencial para garantizar el acceso a la justicia.

En suma, la efectividad de la protección de la justicia implica en la posibilidad de que todos los ciudadanos puedan requerir irrestrictamente y obtener la tutela de sus legítimos derechos sin cualquier obstáculo, he aquí que los derechos plasmados en la Constitución Federal Brasileña de 1988, y en las legislaciones infra constitucionales, principalmente lo de acceso a la justicia, no pueden ser concebidos como meras garantías jurídico-formales abstractas, sino como derechos plenos y operativos, que exigen realización material efectiva.

2.3 EFECTIVIDAD DE LA TUTELA JURISDICCIONAL

El inciso LXXVIII, del artículo 5º, de la Constitución Federal de 1988, disciplina el principio constitucional de la duración razonable del proceso que, por su vez, transcurre de la garantía del debido proceso legal (inciso LIV, del artículo 5º, del Código de Proceso Civil), y debe se traduceir, en la práctica, en la efectividad de la tutela jurisdiccional de cualidad.

concessão de assistência judiciária aos necessitados. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L1060.htm>. Acesso em: 07 mai. 2013).

²³⁷ DIDIER JÚNIOR, Fredie; OLIVEIRA, Rafael. *Op. cit.*, p. 30.

²³⁸ ASSIS, Araken de. **Garantia de acesso à justiça**: benefício da gratuidade. *In*: Rogério Lauria Cruz e Tucci (Coord.). *Garantias constitucionais do processo civil*. São Paulo: RT, 1999. p. 10.

Conforme José Miguel Garcia Medina, Fábio Caldas de Araújo y Fernando de la Fonseca²³⁹:

[...] la respuesta jurisdiccional muy demorada, principalmente cuando prestada a través del proceso de conocimiento, acaba orientando el legislador para las creaciones de soluciones jurídicas tendentes a tutelar la parte que aparentemente tenga razón, a través de estructuras procedimentales vueltas a evitar que el tiempo de duración del proceso acabe por frustrar, *in concreto*, el derecho material de la parte.

En este sentido Nelson Nery Junior y Rosa Maria de Andrade Nery²⁴⁰ argumentan que la garantía constitucional del derecho al acceso a la justicia “significa que todos tienen derecho de obtener del Poder Judicial a tutela jurisdiccional adecuada”, comprendida como “la tutela que confiere efectividad al pedido, siendo causa eficiente para evitar la lesión (amenaza) o causa eficiente para reparar la lesión (violación)”. Para Arruda Alvim²⁴¹:

La demora de los procesos es un mal universal. Esa tendencia continuada de los legisladores, de intentar agilizar la Justicia, ha sido la respuesta correspondiente al gran aumento del acceso a la Justicia, merced de lo cual el aparato estatal tradicional, sea teniendo en vista su tamaño, su eficiencia, no ha logrado atender con la rapidez deseable.

De hecho, la celeridad en las respuestas del Poder Judicial a las pretensiones de los justiciables es un deseo colectivo. Por eso de la constitucionalización del principio de la razonable duración del proceso, como se pasa a observar.

2.3.1 Principio de la razonable duración del proceso

Desde siempre, o por lo menos a partir de las primeras expresiones de derecho escritas que se tienen noticias, el ser humano busca vincular la idea de justicia con la rapidez en la conclusión de pleitos o cualquier disputa judicial. En uno de los documentos más actuales, el Digesto Romano del año de 533 d.C, disponía que:

Si alguien ha estado bajo acusación por un largo tiempo, su castigo debe ser más leve en su extensión; y es así que aquellos quienes han estado mucho tiempo bajo acusación no serán castigados en la misma forma que aquellos quienes reciben su sentencia rápidamente²⁴².

²³⁹ MEDINA, José Miguel Garcia; ARAÚJO, Fábio Caldas de; GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Procedimentos cautelares e especiais**. São Paulo: RT, 2009. p. 32.

²⁴⁰ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante**. São Paulo: RT, 2010. p. 1161.

²⁴¹ ALVIM, Arruda. **Manual de direito processual civil**. 13. ed. São Paulo: RT, 2010. p. 850.

²⁴² ALMEYRA, Miguel Angel. **Código procesal penal de la nación**: comentado y anotado. Tomo I. Buenos Aires: La Ley, 2007. p. 207.

Ya en las obras de Alfonso X (Sete Partidas), en el siglo XII d.C, quedó establecido que “ningún pleito criminal debía extenderse por más de dos años” (Ley 07, título 29, partida 07²⁴³).

En los tiempos modernos, el problema relacionado con la demora procesal preocupó la mente de los estudiosos del asunto, a ejemplo de Cesare Bonesana, Marques de Beccaria, que en su obra *Dei Delitti y Delle Pena* (de los delitos y de las penas) publicada en 1764 ya decía que²⁴⁴:

Cuando el delito es constatado y las pruebas son ciertas, es justo conceder al acusado el tiempo y los medios de justificarse, se lo fuera posible; es preciso, pero, que ese tiempo sea bastante corto para no retardar demás el castigo que debe seguir de cerca el crimen, si se quiera que el mismo sea un freno útil contra los culpables.

Como resultado de ideas como esas presentadas por los doctrinarios de la época, el derecho constitucional ya nació inspirado en el principio de que las personas deberían ser juzgadas con rapidez por los tribunales, a ejemplo de la Declaración de Derechos de Virginia de 1776²⁴⁵, en los Estados Unidos de América:

Artículo 10: en todos los procesos por crímenes capitales o otros, todo individuo tiene el derecho de indagar de la causa y de la naturaleza de la acusación que le es intentada, hay de ser acareado con sus acusadores y con los testigos; de presentar o requerir la presentación de testigos y de todo lo que fuera a su favor, de exigir proceso rápido poner un jurado imparcial y de su afueras, sin el consentimiento unánime de lo cual él no podrá ser declarado culpable. No puede ser forzado a producir pruebas contra sí propio; y ningún individuo puede ser privado de su libertad, a no ser por un juicio de sus pares, en virtud de la ley del país.

Ese derecho acabó siendo transferido, tiempos después, para la actual Constitución de los Estados Unidos de América, originariamente discutida y aprobada por la Convención Constitucional de Filadelfia, en 1787²⁴⁶ y reformada en diversas ocasiones, siendo que la Sexta Enmienda, incorporada entre las diez primeras en el mismo año de 1789, pero que sólo ganaron reconocimiento oficial en 1791, contiene el siguiente texto:

²⁴³ ALMEYRA, Miguel Angel. *Op. cit.*, p. 207.

²⁴⁴ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Baurú, São Paulo: EDIPRO, 1993. p. 41.

²⁴⁵ DIREITO INTERNACIONAL. **Declaração de Direitos da Virgínia de 1776**. Dos direitos que nos devem pertencer a nós e à nossa posteridade, e que devem ser considerados como o fundamento e a base do governo, feito pelos representantes do bom povo da Virgínia, reunidos em plena e livre convenção. Williamsburg, 12 de junho de 1776. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/dec1776.htm>>. Acesso em: 27 jul. 2013.

²⁴⁶ EUA, Estados Unidos da América, Constituição (1789). **Constituição dos Estados Unidos da América de 1789**. Discutida e aprovada pela Convenção Constitucional de Filadélfia, em 1787. Disponível em: <<http://www.braziliantranslated.com/euacon01.html>>. Acesso em: 27 jul. 2013.

Artículo 6º: en todos los procesos criminales, el acusado tendrá derecho a un juicio rápido y público, por un jurado imparcial del Estado y distrito donde el crimen hubo sido cometido, distrito ese que será previamente establecido por ley, y de ser informado sobre la naturaleza e a causa da acusación; de ser acareado con los testigos de acusación; de hacer comparecer por medios legales testigos de la defensa, y de ser defendido por un abogado.

A pesar de esa génesis distintiva, el principio de la razonable duración del proceso solo vino a ser debatido con más intensidad después de la Segunda Guerra Mundial de 1945, pues era preciso superar los problemas enfrentados y legados del período bélico de modo rápido y efectivo, y eso incluía la rapidez de la respuesta de los tribunales a los conflictos emergentes en las nuevas relaciones sociales, principalmente en el aspecto de los derechos humanos y de la economía.

Desde entonces las declaraciones de derecho, en alguna medida, versaron sobre la materia, a ejemplo de la Declaración Americana de 1948; de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948; de la Convención Americana de 1969; de la Convención de los Derechos de los Niños de 1989; de la Convención de Belém del Pará de 1994; y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1996.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada y proclamada en 10 de diciembre de 1948, dispone en su artículo 8º que “toda persona tiene derecho a recibir de los tribunales nacionales competentes remedio efectivo para los hechos que violen los derechos fundamentales que le sean reconocidos por la constitución o por la ley”.

En ese caso la efectividad trae en su concepto la razonable duración del proceso, porque “toda persona tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad personal” (artículo 3º) y el derecho de recibir del Estado a restitución de todo perjuicio que la incompetencia gubernamental le haya acarreado en el cumplimiento de esos derechos (artículo 8º). Remedio efectivo significa hacer de la forma correcta las cosas ciertas, de forma optimizada, con máxima cualidad, mínimos recursos y en el tiempo mínimo.

Aunque la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 no haya hecho referencia directa al principio de la razonable duración del proceso, poco antes, en abril de ese mismo año de 1948, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre expresa en su artículo 18 que, *in verbis*:

Artículo 18: toda persona puede recurrir a los tribunales para hacer respetar sus derechos. Debe poder contar, otrosí, con proceso simple y breve, mediante lo cual la justicia la proteja contra hechos de autoridad que violen, en su perjuicio, cualquier de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente.

Se verifica que la palabra “breve” se traduce en el principio de la razonable duración del proceso. Más adelante, en el artículo 25, establece que “todo individuo, que haya sido privado de su libertad, tiene el derecho de que el juez verifique sin demora la legalidad de la medida, y de que lo juzgue sin prórroga injustificada, o, en caso contrario, de ser puesto en libertad. [...]”.

Ya la Convención para la Protección de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales de 1950²⁴⁷ estableció este derecho por medio de una fórmula más clara y específica, expresando en su artículo 6º, párrafo 1º, que, *in verbis*:

Artículo 6º (derecho a un proceso equitativo): 1 - cualquier persona tiene derecho a que su causa sea examinada, equitativa y públicamente, en un plazo razonable por un tribunal independiente e imparcial, establecido por la ley, lo cual decidirá, quiera sobre la determinación de sus derechos y obligaciones de carácter civil, quiera sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella. [...].

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966²⁴⁸, también trató de regular el principio de la razonable duración del proceso en dos momentos: en el párrafo 3º, del artículo 9º, y en la alinea “c”, del párrafo 3º, del artículo 14.

En la disposición del párrafo 3º, del artículo 9º, “cualquier persona encarcelada o encerrada en virtud de infracción penal deberá ser conducida, sin demora, a la presencia del juez o de otra autoridad habilitada por ley a ejercer funciones y tendrá el derecho de ser juzgada en plazo razonable el de ser puesta en libertad. [...]”. En la forma del párrafo 3º, alinea “c” del artículo 14: “toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a, por lo menos, las siguientes garantías: [...]; c) de ser juzgado sin dilaciones indebidas; [...]”.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos, de 22 de noviembre de 1969, prevé textualmente en su artículo 7º, que versa sobre el derecho a la libertad personal, en el párrafo 5º, que “toda persona detenida o retenida debe ser conducida, sin demora, a la presencia de un juez u otra autoridad autorizada por la ley a ejercer funciones judiciales y tiene derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable [...]”.

²⁴⁷ DIREITO INTERNACIONAL. **Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais**. Adotada em Roma, a 04 de Novembro de 1950, Modificada nos termos das disposições dos Protocolos nºs 11 e 14. Disponível em: <<http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhregionais/conv-tratados-04-11-950-ets-5.html>>. Acesso em: 27 jul. 2013.

²⁴⁸ DIREITO INTERNACIONAL. **Pacto Internacional de Derechos Civis e Políticos**. Aberto à assinatura em Nova Iorque, aos 19 de dezembro do 1966. Decretado no Brasil por meio do Decreto nº 592, de 06 de julho de 1992. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/pacto_dir_politicos.htm>. Acesso em: 27 jul. 2013.

Ya en el párrafo 1º, del artículo 8º, que disciplina las “garantías judiciales”, consta, con más precisión, que “toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable” para que sean determinados, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, “sus derechos u obligaciones de naturaleza civil, laboral, fiscal o de cualquier otra naturaleza”.

De modo más específico, porque direccionado a un segmento social, la Convención de los Derechos de los Niños de 20 de noviembre de 1989²⁴⁹, asegura que “los Estados-Partes reconocen que todo niño tiene el derecho inherente a la vida” (párrafo 1º, del artículo 6º), que todo niño tiene derecho a un “nivel de vida adecuado a su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social” (parágrafo 1º, del artículo 27) y que los Estados-Partes deben adoptar medidas internas para “ayudar los padres y otras personas responsables por el niño a tornar efectivo ese derecho” (párrafo 3º, del artículo 27). Además, dispone que los Estados deben asegurar que a todo niño sea garantizado el derecho de “tener la causa decidida sin demora por autoridad u órgano judicial competente, independiente y imparcial, en audiencia justa conforme la ley, con asistencia jurídica u otra asistencia [...]” (inciso III, de la alinea “b”, del párrafo 2º, del artículo 40).

A su turno la Convención de Belém del Pará de 1994²⁵⁰, determina, de modo bastante claro, en encabezado y alinea “g” y de su artículo 4º, que “toda mujer tiene derecho al reconocimiento, disfrute, ejercicio y protección de todos los derechos humanos y libertades consagrados en todos los instrumentos regionales e internacionales relativos a los derechos humanos” que engloban, de entre otros, el “derecho a recurso simple y rápido mediante tribunal competente que la proteja contra actos que violen sus derechos”.

Como consecuencia de esos documentos internacionales, es obligación de todos los Estados Americanos el reconocimiento y la no vulneración del principio de la razonable duración del proceso como garantía procesal.

El principio de la razonable duración del proceso es una garantía fundamental vinculada directamente a la necesidad de contarse, en un Estado Democrático de Derecho Constitucional, con una prestación jurisdiccional rápida.

²⁴⁹ DIREITO INTERNACIONAL. **Convenção dos Direitos das Crianças**. Adoptada pela Assembleia Geral nas Nações Unidas em 20 de Novembro de 1989. Promulgada no Brasil por meio do Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm>. Acesso em: 27 jul. 2013.

²⁵⁰ DIREITO INTERNACIONAL. **Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher**. Convenção de Belém do Pará. Adotada em Belém do Pará, Brasil, em 09 de junho de 1994, no Vigésimo Quarto Período Ordinário de Sessões da Assembléia Geral. Disponível em: <<http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/m.Belem.do.Para.htm>>. Acesso em: 27 jul. 2013.

Denominado también como principio de la celeridad²⁵¹ es el derecho de que el proceso sea razonablemente rápido, cabe decir, sin dilaciones indebidas, representando una protección jurídico-constitucional de los justiciables.

Siguiendo la orientación internacional, mismo antes de la Reforma del Poder Judicial por medio de la Enmienda Constitucional n° 45, de 30 de diciembre de 2004, en Brasil ya se observaba la razonabilidad en la duración del proceso, debido a la aplicación inmediata del citado artículo 8°, de la Convención Americana de Derechos Humanos, de 22 de noviembre de 1969 (Pacto de San José de Costa Rica), promulgada por el Decreto n° 678, de 06 de noviembre de 1992, por fuerza de la disposición textual de los párrafos 1° y 2°, del artículo 5°, de la Constitución Federal de 1988, *in verbis*:

Artículo 5°: [...]. Párrafo 1°: las normas definidoras de los derechos y garantías fundamentales tienen aplicación inmediata. Párrafo 2°: los derechos y garantías expresos en esta Constitución no excluyen otros decurrentes del régimen y de los principios por ella adoptados, o de los tratados internacionales en que la República Federativa de Brasil sea parte (Constitución Federal de 1988).

Es de ese modo que de acuerdo con el constitucionalista brasileño Alexandre de Moraes²⁵² la garantía de la razonable duración del proceso ya se hacía presente en el derecho positivo brasileño desde la promulgación de la Constitución Federal de 1988. En sus palabras:

La Enmienda Constitucional n° 45, de 30 de diciembre de 2004 (Reforma del Judiciario) aseguró a todos, en el ámbito judicial y administrativo, la razonable duración del proceso y los medios que garantan la celeridad de su tramitación. Esas previsiones - razonable duración del proceso y celeridad procesal -, en nuestro entender, ya estaban contempladas en el texto constitucional, sea en la consagración del debido proceso legal, sea en la previsión del principio de la eficiencia aplicable a la Administración Pública (*caput* del artículo 37, de la Constitución Federal de 1988)²⁵³.

Con la promulgación de la Enmienda Constitucional n° 45, de 08 de agosto de 2004, la pretensión fue dar más agilidad al proceso, visando el desahogar del Poder Judicial, pues la lentitud de los procesos y la ineficacia de ciertos proveimientos judiciales a lo largo del tiempo contribuyeron para la construcción, en el ideario social, de un descredito generalizado en el Poder Judicial. Era preciso rescatar la confianza de los justiciables en la judicialización de la resolución de los conflictos.

²⁵¹ CREUS, Carlos. **El principio de celeridad como garantía del debido proceso en el sistema jurídico penal argentino**. Buenos Aires: La Ley, 1993. p. 894.

²⁵² MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 94.

²⁵³ MORAES, Alexandre de. *Op. cit.*, p. 94.

De entre otras novedades, el Constituyente Reformista incluyó un inciso en el artículo 5º, para asegurar, expresamente, en el texto de la Constitución Federal de 1988, como derecho y garantía fundamental, “la razonable duración del proceso y los medios que garanticen la celeridad de su tramitación”.

En la definición de Humberto Theodoro Júnior²⁵⁴, el citado precepto constitucional sobre la “razonable duración del proceso” significa una:

[...] aproximación con el ideal do proceso justo que entre los constitucionalistas contemporáneos funciona como un mejoramiento de la garantía del debido proceso legal. Para merecer esa *nomen iuris*, la prestación jurisdiccional, además de atender a los requisitos tradicionales - juez natural, forma legal, contradictorio y juicio segundo la ley - tienen de proporcionar a la parte un resultado compatible con la efectividad y la presteza.

Informa, aún, este autor, que en Italia, en reforma reciente en el texto del artículo 111, de la Constitución Nacional de aquel país, la anterior garantía del “debido proceso legal” fue substituida expresamente por la garantía del proceso justo, mencionando la “necesidad de adecuarse a prestación jurisdiccional al principio de la economía procesal, condeciente a la concentración y aceleración del proceso”. Además, acuerda que en todo el derecho europeo existe una consciencia generalizada de que “la efectividad debe ser la meta de la jurisdicción y el proceso justo, para tanto, debe apoyarse en lo valores de *correttezza*, de *equità* y de *giustizia procedurale*”²⁵⁵.

Puede verse la disposición del actual artículo 111, de la Constitución Nacional Italiana de 1947²⁵⁶ *in verbis*: “artículo 111: la jurisdicción se actúa mediante el justo proceso regulado por la ley. Cada proceso se desarrolla en el contradictorio entre las partes, en condiciones de igualdad, mediante el juez tercero y imparcial. La ley asegura la razonable duración. [...]”.

En la interpretación de Nagib Slaibi Filho²⁵⁷, incluido la norma del novel inciso LXXVIII, inserido en el artículo 5º, de la Constitución Federal Brasileña de 1988 por la Enmienda Constitucional nº 45, de 08 de agosto de 2004, garante no apenas el derecho de acción el de acceso al Poder Judicial, mas también su eficiencia, celeridad y tempestividad,

²⁵⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Alguns reflexos da Enmienda Constitucional nº 45, de 08 de dezembro de 2004, sobre o processo civil**. In: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, p. 75-94. Belo Horizonte: UFMG, set., 2005. p. 87-88.

²⁵⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Op. cit.*, p. 88.

²⁵⁶ ITÁLIA, Cosntituição (1947). **Constituição Italiana**. Aprovada pela Assembleia Constituinte em 22 de dezembro de 1947, promulgada em 27 de dezembro de 1947 e entrou em vigor no dia 01 de janeiro de 1948. Disponível em: <[http://www.educazioneadulti.brescia.it/certifica/materiali/6.Documenti_di_riferimento/La%20Costituzione%20in%20lingue%20\(a%20cura%20della%20Provincia%20di%20Milano\)/Costituzionelitalia-na-Portoghese.pdf](http://www.educazioneadulti.brescia.it/certifica/materiali/6.Documenti_di_riferimento/La%20Costituzione%20in%20lingue%20(a%20cura%20della%20Provincia%20di%20Milano)/Costituzionelitalia-na-Portoghese.pdf)>. Acesso em: 22 jul. 2013.

²⁵⁷ SLAIBI FILHO, Nagib. **Reforma da justiça**. Niterói: Impetus, 2005. p. 19.

ampliando, así, el concepto de acceso al Poder Judicial con el significado de acceso a la justicia justa. En sus palabras:

Puede decirse que la norma declara el derecho fundamental de todos a la eficiente realización del proceso por lo cual se lleva el pedido a la cognición judicial o administrativa: es así, derecho al proceso eficiente, además del simple derecho al proceso.

El propósito de la Enmienda Constitucional n° 45, de 08 de agosto de 2004, en ese particular, es el mismo que inspiró la reforma italiana, cabe decir, de “proclamar, como derecho fundamental, la garantía de un proceso rápido, imponiendo a la justicia proporcionar a completa tramitación de los procesos en un plazo que sea razonable en el contexto social en que el litigio eclosionó”²⁵⁸.

En la interpretación de Rubens Casara y Mylène G. P. Vassal²⁵⁹ es preciso fijar en ley un plazo razonable para los trámites procesales, pues:

El deber legal de fijarse por ley el plazo de duración razonable de la relación jurídica deriva de la propia naturaleza del Estado Democrático de Derecho. Así, solamente por la manifestación de los representantes del pueblo, y en obediencia a los principios de la legalidad y del debido proceso legal se estará dando integral cumplimiento al establecido en el diploma de derechos humanos.

Con todo, como explica Humberto Theodoro Júnior²⁶⁰ no existe la menor posibilidad de estipularse un plazo matemático que atienda de forma exacta todas las exigencias procesales, por eso, esa norma funciona como “norma de programa”, prevaleciendo como direccionamiento a las políticas judiciales, cuyos reflejos deben ser sentidos principalmente “en la administración y organización de los órganos encargados de la prestación jurisdiccional”.

De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos²⁶¹, son tres los elementos que deben ser llevados en cuenta en la hora de verificar la razonabilidad

²⁵⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Op. cit.*, p. 88.

²⁵⁹ CASARA, Rubens; VASSAL, Mylène G. P. **O ônus do tempo no processamento: uma abordagem à luz do devido processo legal interamericano.** In: *Revista do Movimento da Magistratura Fluminense pela Democracia - Radicalização Democrática*, n° 01. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 113.

²⁶⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Op. cit.*, p. 88.

²⁶¹ Por ejemplo: “párrafo 132: para examinar si en este proceso el plazo fue razonable, según los términos del artículo 8.1 de la Convención, la Corte tomará en consideración tres elementos: a) complejidad del asunto, b) actividad procesal del interesado y c) conducta de las autoridades judiciales” (CORTEIDH, Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Caso López Álvarez vs. Honduras**. Sentencia del 01 de febrero de 2006 (fondo, reparaciones y costas). Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_141_esp.pdf>. Acceso en: 20 jul. 2013);

del plazo de un proceso, a saber: a) la complejidad del asunto; b) la actividad procesal del interesado y c) la conducta de las autoridades judiciales en la verificación de ese principio en el caso en tramitación.

El mayor desafío de la procesalista actual es promover la conciliación entre “seguridad jurídica” y “rapidez procesal”, he aquí que la técnica procesal debe andar al lado de la celeridad, y a “la solución de los litigios por la vía jurisdiccional no puede ser morosa, a punto de tornarse prácticamente inútil para quien necesita y tiene derecho a la tutela”²⁶², Con todo, la brevedad de los trámites procesales no puede, jamás, comprometer el contradictorio y amplia defensa (“artículo 5º: [...]; inciso LV: a los litigantes, en proceso judicial el administrativo, y a los acusados en general son asegurados el contradictorio y amplia defensa, con los medios y recursos a ella inherentes; [...]” (Constitución Federal de 1988), también derechos fundamentales constitucionales, u otra de las garantías procesales aseguradas en el texto constitucional, perjudicando, finalmente, una mayor proximidad de la verdad procesal.

Cabe a nosotros operadores del derecho colaborar con la aplicación concreta de este importante principio de la razonable duración del proceso por las formas legalmente permitidas, como, por ejemplo, por medio de requerimientos contra actos o conductas irrazonables o desproporcionadas de las partes o funcionarios de la justicia, que sólo sirven para atrasar el trámite regular del proceso. También se puede petitionar se for el caso, en la forma de los artículos 133²⁶³ o 198²⁶⁴, ambos del Código de Proceso Civil, o ante al Consejo Nacional de Justicia si la demanda abarca materia relacionada a su competencia. Como a

“Párrafo 151: para examinar si en este proceso el plazo fue razonable, según los términos del artículo 8.1 de la Convención, la Corte tomará en consideración tres elementos: a) la complejidad del asunto, b) la actividad procesal del interesado y c) la conducta de las autoridades judiciales” (CORTEIDH, Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Caso Baldeón García vs. Perú**. Sentencia del 06 de abril de 2006 (fondo, reparaciones y costas). Disponible em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_147_esp1.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2013).

²⁶² BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 165.

²⁶³ “Artigo 133: responderá por perdas e danos o juiz, quando: I - no exercício de suas funções, proceder com dolo ou fraude; II - recusar, omitir ou retardar, sem justo motivo, providência que deva ordenar de ofício, ou a requerimento da parte. Parágrafo único. Reputar-se-ão verificadas as hipóteses previstas no nº II só depois que a parte, por intermédio do escrivão, requerer ao juiz que determine a providência e este não lhe atender o pedido dentro de dez dias” (Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil).

²⁶⁴ “Artigo 198: qualquer das partes ou o órgão do Ministério Público poderá representar ao presidente do Tribunal de Justiça contra o juiz que excedeu os prazos previstos em lei. Distribuída a representação ao órgão competente, instaurar-se-á procedimento para apuração da responsabilidade. O relator, conforme as circunstâncias, poderá avocar os autos em que ocorreu excesso de prazo, designando outro juiz para decidir a causa” (Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo).

efecto de instruir a la parte la parte sobre las conveniencias de la realización de acuerdos, a fin de evitar la prolongación del proceso²⁶⁵.

De hecho, ninguna garantía constitucional puede ser subalternizada ante las plausibles razones de celeridad procesal:

[...] la celeridad procesal, concuanto siendo un valor que debe presidir a la administración de la justicia, no podrá, claramente, ser erguida a un tal punto que, en su nombre, va a sacrificar aquellos otros valores que, afínal, son componentes de derechos fundamentales, tales como los de lo accesos a los tribunales en condiciones de igualdad e de una efectividad de defensa (grifos del original)²⁶⁶.

En el orden jurídico brasileño las normas que definen derechos y garantías fundamentales tienen aplicación inmediata (párrafo 1º, del artículo 5º, de la Constitución Federal Brasileña de 1988), y como el inciso LXXVIII del mismo artículo 5º, asegura a todos el derecho a la razonable duración del proceso, bajo cualquier materia, y garante la celeridad de la tramitación de los procesos, y incorpora tal precepto entre los derechos y garantía fundamentales, entonces, como consecuencia, la aplicación del principio de la razonable duración del proceso es directa y inmediata:

Aplicación directa no significa apenas que los derechos libertades y garantías se aplican independientemente de la intervención legislativa [...]. Significa también que ellos valen directamente contra la ley, cuando esta establece restricciones en disconformidad con la Constitución²⁶⁷.

En la misma línea el constitucionalista brasileño José Afonso da Silva expresa que la norma de aplicabilidad directa significa que “son aplicables hasta donde puedan, hasta donde las instituciones ofrezcan condiciones para su atención” y que “el Poder Judicial, siendo invocado a propósito de una situación concreta en ella garantizada, no puede dejar de aplicarlas, confiriendo al interesado el derecho reclamado, según las instituciones existentes”.

En Argentina, aunque no haya un dispositivo constitucional específico sobre la razonable duración del proceso, a partir de la reforma de 1994 los tratados internacionales fueron incorporados a la Constitución de la Nación por medio del inciso 22, del artículo 75²⁶⁸

²⁶⁵ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. 2006. *Op. cit.*, p. 165.

²⁶⁶ TRC, Tribunal da Relação de Coimbra, Portugal. **Processo (apelação) nº 404/06**. Primeira Secção Cível. Relator Ferreira de Barros. Acórdão de 21 de março de 2006. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt>>. Acesso em: 02 nov. 2013.

²⁶⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. 2003. *Op. cit.*, p. 1179.

²⁶⁸ “Artículo 75: [...]; 22 - aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior às leyes. La Declaración Americana dos Direitos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Direitos Humanos; la Convención Americana sobre Direitos Humanos; el

con la misma jerarquía de las normas constitucionales, en la forma del artículo 31²⁶⁹, y de entre los derechos y garantías consagrados en los tratados internacionales está la regla de la razonable duración del proceso.

El derecho al plazo razonable para los procedimientos procesales es un derecho fundamental que si no está textualmente consagrado en las Constituciones, tiene aplicación o por fuerza de los tratados internacionales el como corolario del principio del debido proceso.

El derecho al plazo razonable, como manifestación directa de la regla máxima del debido proceso justo, hace alusión a un espacio de tiempo que no puede ser previamente estipulado con exactitud, mas tiene que ser analizado en cada caso y verificado como suficiente para el esclarecimiento de los objetos de investigación y la emisión de la respectiva decisión, sin afrontar otros preceptos tan importantes cuanto ese, a ejemplo del contradictorio y amplia defensa.

Esencialmente el plazo razonable está relacionado al tiempo de duración del proceso en general y siempre está atado a la excesiva duración del proceso, nunca a la limitación de derechos para acelerar la marcha procesal.

2.3.2 Medios que garantiza la observancia de razonabilidad en el trámite del proceso

En los últimos tiempos se sortiene que una justicia tardía no es justicia. Entonces, también en términos de proceso civil se empezó a emprender esfuerzos en el sentido de garantizar un tiempo razonable para los trámites procesales.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra Mujer; la Convención contra Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios dos derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, pelo Poder Ejecutivo Nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad dos miembros de cada Cámara. Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados pelo Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad dos miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional [...]” (Constitución de la Nación Argentina de 1994).

²⁶⁹ “Artículo 31: esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten pelo Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación; y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ella, no obstante cualquiera disposición en contrario que contengan las leyes o constituciones provinciales, salvo para la provincia de Buenos Aires, los tratados ratificados después del Pacto de 11 de noviembre de 1859” (Constitución de la Nación Argentina de 1994).

Así es que quedó textualmente constitucionalizada la garantía de que “a todos, en el ámbito judicial y administrativo, son asegurados la razonable duración del proceso y los medios que garanticen la celeridad de su tramitación” (inciso LXXVIII, del artículo 5º, de la Constitución Federal Brasileña de 1988). Aun antes de ese dispositivo constitucional, inserido por la Enmienda Constitucional nº 45, de 30 de diciembre de 2004, el ordenamiento jurídico brasileño ya reconocía el derecho fundamental a la celeridad procesal como desdoblamiento del principio del debido proceso legal (inciso LIV, del artículo 5º, de la Constitución Federal Brasileña de 1988), de la garantía del acceso al Poder Judicial y a la efectiva protección contra cualquier violación de derechos (inciso XXXV, del artículo 5º, de la Constitución Federal de 1988), y por fuerza de los tratados internacionales que disciplinan la materia de los cuales Brasil es signatario, a ejemplo del (párrafo 1º, del artículo 8º, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de 22 de noviembre de 1969).

Con todo, en la práctica esos preceptos no estaban siendo aplicados, razón por la cual se optó por la inclusión textual del principio de la duración razonable del proceso por medio de una reforma constitucional.

En la esfera del proceso civil, el segundo paso fue la creación de nuevos medios, o la relectura de los ya existentes, que garanticen la práctica del referido principio ya constitucionalmente asegurado. Los destaques son: la anticipación de la tutela, la informatización del proceso judicial, la institucionalización de la sùmula vinculante del Supremo Tribunal Federal Brasileño, el sincretismo procesal, los instrumentos de desjudicialización de los procedimientos consensuales, como la realización de inventario, separación consensual y divorcio consensual por vía extrajudicial (administrativa).

Todo eso sucedió de pequeñas reformas al Código de Proceso Civil que viene ocurriendo desde la Reforma de la Justicia por la Enmienda Constitucional nº 45, de 30 de diciembre de 2004 y que continua en tramite, hasta que se consiga aprobar un nuevo Código de Proceso Civil a partir de los proyectos existentes, a ejemplo del Proyecto de Ley nº 8.046, de 22 de diciembre de 2010 en tramitación en las Casas Legislativas brasileñas.

2.3.3 Consecuencias de la demora de la prestación jurisdiccional

La morosidad de la prestación jurisdiccional del Estado además de afectar los justiciables. Ha causado frustración y pérdida de credibilidad de la población hace en el Poder Judicial.

El elemento “tiempo de la justicia” se destaca en importancia “en épocas de sociedades del riesgo, liquidadas o asustadas... debilitamiento económico, de inseguridad e intolerancia y del miedo que aletea [...]”²⁷⁰. Conforme Augusto M. Morello²⁷¹, “la duración excesiva del trámite conspica contra la efectividad de la justicia, de la que se sigue que justicia extemporánea prácticamente no lo es”. Más allá, destaca que, de otro lado, “el clamor generalizado por una justicia rápida y efectiva engendra un vicio que es el de la prisa”. Analiza que la tempestividad significa “No tan rápido que se consagre una tropelía ni tan lento que [...] ‘cuando llegue se confunda con buena suerte’”. Y concluye:

[...] el tiempo de la justicia, está condicionado por la conjunción armónica de posibilitar (a la justicia) hacer bien lo suyo y ello requiere de su tiempo. No vale apremiar (como el sueño) y apurar, pero sí conciliarlos con los previstos en la realidad de la litigación, pues la política procesal debe adaptarlo a la dinámica y velocidad del presente, no del pasado²⁷².

Al hablar sobre la cuestión del tiempo de duración del proceso y sus efectos, Candido Rangel Dinamarco²⁷³ alerta que son de tres órdenes los males decurrentes: a) afecta el derecho de la parte, que perece en razón de la demora; b) atinge el psiquismo del consumidor de los servicios forenses, causando angustia e incertidumbres; y c) provoca desgaste y desprestigio del propio proceso, en razón del perecimiento de los medios buscados por el justiciable esperando su buen desempeño. En sus palabras:

Hay derechos que sucumben de modo definitivo e irremediable cuando la tutela demora, mas hay también situaciones que, mismo no desapareciendo por completo la utilidad de las medidas judiciales, a espera por la satisfacción es factor de insoportable desgaste, en razón de la permanencia de las angustias e incertidumbres. Hay también el desgaste del proceso mismo, como factor de pacificación con justicia, lo que sucede cuando el decurso del tiempo atinge los *medios* de que él precisa valerse para el cumplimiento de su misión social (pruebas y bienes).

La concientización sobre la importancia del factor tiempo en el proceso lleva al trabajo inteligente y a la decurrente confianza en la prestación jurisdiccional del Estado. También influenciará para refinar las categorías de tutelas diferenciadas que deberán agrupar las

²⁷⁰ MORELLO, Augusto M. **El tiempo de la justicia**. In: *Revista de Direito Processual*. Tutelas Procesales Diferenciadas II, nº 01, p. 17-20. Buenos Aires /Salta: Rubinzal Culzoni Editores, 2009. p. 17-18.

²⁷¹ MORELLO, Augusto M. *Op. cit.*, p. 18.

²⁷² MORELLO, Augusto M. *Op. cit.*, p. 19.

²⁷³ DINAMARCO, Candido Rangel. **Fundamentos do processo civil moderno**. 4. ed., Tomo II. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 895.

urgencias o las necesidades de brindar protección real²⁷⁴. Esencialmente la responsabilidad del Estado se extiende a la obligación de adoptar medidas reales y efectivas para garantizar que los justiciables gozen de derechos fundamentales, debiendo, para lo tanto, remover todos los obstáculos que presentarse²⁷⁵.

De hecho la lentitud procesal en la entrega de la prestación jurisdiccional buscada por el ciudadano, ya que el Estado tomó para sí el monopolio de la Justicia, es fuente de muchos trastornos, tanto así que, como ya dicho, varios órganos internacional multilaterales, a ejemplo del Banco Mundial y el del Banco Interamericano de Desarrollo, viene destacando la importancia, para el desarrollo económico, de la reforma de los sistemas judiciarios visando optimizar el acceso amplio a la justicia efectiva y de calidad.

²⁷⁴ MORELLO, Augusto M. *Op. cit.*, p. 20.

²⁷⁵ GORDILLO, Agustín Alberto. **Derechos humanos**. 5. ed. Buenos Aires: Fund. de Direito Administrativo, 2005. p. V - 7.

3 GARANTIAS FUNDAMENTALES DEL PROCESO

En consecuencia de las confusiones terminológicas verificadas en la doctrina, se dedica el primer tópico de este capítulo a la definición conceptual-comparativa de los objetos de investigación, cuya pretensión, además de trazar los contornos que diferencian cada uno de los institutos en pantalla, es localizarlos y situarlos en el espacio jurídico.

3.1 DEFINICIÓN JURÍDICO-REPRESENTATIVA DE LOS OBJETOS INVESTIGADOS: TUTELA JURISDICCIONAL, TUTELA JURÍDICA, TUTELA CAUTELAR Y TUTELA ANTICIPATORIA

Siempre que se tenga la pretensión de estudiar determinado tema, el objeto de la investigación debe ser precedido de una mínima definición. A partir de la línea de investigación “anticipación de la tutela como instrumento de protección de los principios constitucionales”, se extrae como objeto central el instituto de la anticipación de la tutela, tutela anticipatoria el tutela anticipada, y como objeto accesorios a tutela jurídica, la tutela jurisdiccional y la tutela cautelar.

3.1.1 Tutela jurídica y tutela jurisdiccional

La presentación del tema, iniciada a partir de la diferenciación entre tutela jurídica y tutela jurisdiccional es importante delante de las confusiones terminológicas aún hechas en el medio jurídico, dado a la similitud vocabular y terminológica.

En términos generales, la tutela jurídica es la “tutela de los derechos” mientras que la “tutela jurisdiccional” o apenas “jurisdicción” es el derecho de acción, la actividad jurisdiccional del Estado que debe ser prestada a todos que la reclamen²⁷⁶.

Conforme Eduardo J. Couture²⁷⁷, la tutela jurídica consiste en la “satisfacción efectiva de los fines del derecho, la realización de la paz social mediante la vigencia de las normas jurídicas”. Explica que:

²⁷⁶ “[...] o processo deve dar, quanto for possível praticamente, a quem tenha um direito, tudo aquilo é exatamente aquilo que ele tenha de conseguir” (CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. tradução do original italiano, 2. ed., v. 1: *istituzioni di diritto processuale civile* por Paolo Cafitan. Com anotações de Enrico Tullio Liebman. Campinas/SP: Bookseller, 1998. p. 67).

²⁷⁷ COUTURE, J. Eduardo. **Fundamentos del derecho procesal civil**. 4. ed., reimpressão. Buenos Aires: Júlío César Faria Editor, 2005. p. 391-392.

[...] los fines del derecho no consisten sólo en la paz social. El derecho procura el acceso efectivo a los valores jurídicos. Además de la paz son valores esenciales, en la actual consciencia jurídica del mundo occidental, la justicia, la seguridad, el orden, cierto tipo de libertad humana. La paz injusta no es un fin del derecho; como no lo es la justicia sin seguridad; ni lo es un orden sin libertad. La tutela jurídica, en cuanto efectividad del goce de los derechos, supone la vigencia de todos los valores jurídicos armoniosamente combinados entre sí.

La tutela jurídica, en la definición de Cândido Rangel Dinamarco²⁷⁸, es la “protección que el Estado confiere al individuo para la consecución de situaciones consideradas éticamente deseables Segun los valores vigentes en la sociedad”, tanto en relación a los bienes cuanto en relación a los otros miembros del convivio. Aún de acuerdo con esa doctrina, la tutela jurídica del Estado se realiza en de los planos: en el campo de la fijación de preceptos reguladores de la convivencia y en la esfera de las actividades destinadas a la efectividad de esos preceptos. De eso se concluye que la tutela jurídica es la protección conferida por el Estado por disposiciones contenidas en el orden jurídico, y que se realiza por medio de un órgano administrativo o a través de un órgano jurisdiccional.

La tutela jurídica es el derecho reconocido al ciudadano como transcurso del monopolio del Estado en la prestación jurisdiccional, he aquí que, “cuando el Estado llamó para sí la función jurisdiccional otorgó al ciudadano el poder de invocar el órgano jurisdiccional y exigir de él una respuesta a su pretensión”²⁷⁹.

Luiz Guilherme Marinoni²⁸⁰, al hablar sobre “la prohibición de la auto tutela y la necesidad de efectividad del proceso”, afirma que “el Estado, al prohibir la auto tutela privada, asumió el compromiso de tutelar adecuada y efectivamente los diversos casos conflictivos”, lo que fue acordado que se realizaría por medio de un proceso que, como instrumento de prestación de la tutela jurisdiccional, debe hacer surgir el mismo resultado que se verificaría si el actuar privado no estuviese prohibido”.

También Luiz Fux²⁸¹ recuerda que “el Estado, como garantizador de la paz social, avocó para sí la solución monopolizada de los conflictos intersubjetivos por la transgresión a el orden jurídico, limitando el ámbito de la auto tutela” y, como consecuencia:

²⁷⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Tutela jurisdiccional**. In: *Revista de Processo*, ano 21, nº 81, p. 54-81. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan./mar., 1996. p. 61; 62.

²⁷⁹ DESTEFENNI, Marcos. **Natureza constitucional da tutela de urgência**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002. p. 38.

²⁸⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação da tutela**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 15.

²⁸¹ FUX, Luiz. **Tutela Jurisdiccional: finalidade e espécies**. In: *Informativo Jurídico da Biblioteca Ministro Oscar Saraiva*, vol. 14, nº 02, p. 153-168. Brasília, jul./dez., 2002. p. 153.

[...] dotó a uno de sus poderes, el Poder Judicial, de la atribución de solucionar los referidos conflictos mediante la aplicación del derecho objetivo, abstractamente concebido, al caso concreto. La supremacía de esa solución se reveló por el hecho incontestable de la misma provenir de la autoridad estatal, cuya palabra, además de coactiva, se torna la última manifestación del Estado soberano acerca de la contienda, de tal suerte que los jurisdicionados la deben respeto absoluto, porque agotada de un trabajo de reconstitución de los antecedentes del litigio, con la participación de los interesados, abarcados, isonómicamente, de las más comezinhas garantías. Esa función se denomina “jurisdiccional” y tiene el carácter tutelar de la orden y de la persona, distinguiéndose de las demás soluciones del Estado por su imodificabilidad por cualquier otro poder, en carácter de adquirir lo que se denomina en sede anglosajona de “*final enforcing power*”, consubstanciado en la “cosa juzgada” (grifos do original).

En las colocaciones de Daniel Francisco Mitidiero²⁸² “desde que el Estado avocó para sí la tarea de distribuir los bienes de la vida entre los hombres, también ganó el encargo de efectiva tal distribución: esa tarea, fundamental, el mismo realiza a través de la jurisdicción”.

José Joaquim Calmon de Passos²⁸³ así se manifestó sobre la diferenciación entre “actividad jurisdiccional” y “tutela jurídica”:

Siempre busqué distinguir la “prestación de la actividad jurisdiccional” de la “tutela jurídica”. Son cosas distintas. La primera, un deber-poder la que el Estado está obligado constitucionalmente y que corresponde a la prestación debida, en carácter del ejercicio, por el sujeto, de su derecho de acción (derecho de obtener, del Estado-Juez, un pronunciamiento en carácter de la postulación que Le es formulada); la segunda, del diferimiento de cierto bien de la vida, reclamado como propio o como debido al que ejerció su derecho de acción. La actividad jurisdiccional del Estado debe ser prestada a todos que a reclamen. Ya la tutela jurídica se refiere a un bien de la vida que trasciende el proceso lo cual, “mediante” el proceso, se pretende obtener. La tutela jurisdiccional, por lo tanto, no ocurre, necesariamente, en todo proceso.

De ese modo, no se puede confundir “tutela jurídica” con “tutela jurisdiccional”, pues, la tutela jurisdiccional es la especie del género tutela jurídica. Las partes invocan la tutela jurisdiccional del Estado para recibir la tutela jurídica de sus derechos. En la síntesis de Luiz Fernando Bellinetti²⁸⁴:

[...] tutela jurídica significa la protección del derecho para los derechos subjetivos y cualquier forma de actuar lícito, mientras que la tutela jurisdiccional significa la protección del Estado, con base en el derecho, para esos derechos y actividades lícitas, cuando envueltos en un conflicto jurídico de interés.

²⁸² MITIDIERO, Daniel Francisco. **Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 117.

²⁸³ PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Comentários ao código de processo civil**. 8. ed., v. III. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 09-10.

²⁸⁴ BELLINETTI, Luiz Fernando. **Tutela jurisdiccional satisfativa**. In: *Revista de Processo*, ano 21, nº 81, p. 98-103. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan./mar., 1996. p. 98.

La utilización de los mismos vocablos (“tutela jurisdiccional” o “tutela jurídica”) tanto para el ejercicio de jurisdicción cuanto para la tutela jurídica, muchas veces acaba confundiendo al intérprete, motivo que llevó Pontes de Miranda a subrayar la palabra “acción” para referirse al remedio jurídico de la acción procesal decurrente de la tutela jurisdiccional. Siguiendo ese raciocinio, se evidencia que existe independencia entre la tutela jurisdiccional (derecho subjetivo material) que aflora con la incidencia de la norma jurídica de derecho objetivo, y el derecho a la tutela jurídica otorgada por el Estado, cuando avocó la jurisdicción²⁸⁵.

En el mismo sentido Giuseppe Chiovenda expresa que la acción es el “poder jurídico de dar vida (*porre in essere*) a la condición para la actuación de la voluntad de la ley”²⁸⁶. Prosigue explicando que el Estado moderno considera como función esencial y propia del juez a administración de la justicia, afirmando que “sólo él puede aplicar la ley al caso concreto, y éste poder llamarse ‘jurisdicción’” y, para tanto:

“[...] atiende con órganos adecuados (jurisdiccionales) los más importantes de los cuais son los jueces (autoridad judicial), ante ellos debe formular su demanda quien desee hacer valer en juicio un derecho [...]. Deber de los jueces es afirmar y actuar la voluntad de la ley que consideren existente como voluntad concreta, dados los hechos que ellos estimen existentes”²⁸⁷.

De esa forma, la tutela jurisdiccional es la actividad que los jueces desarrollan en el ejercicio del poder que les es atribuido por el Estado, haciendo con que las disposiciones normativas sean realizadas en los casos concretos, con el fin de asegurar la observación efectiva del derecho objetivo, cabe decir, de la tutela jurídica.

En la definición de tutela jurisdiccional elaborada por José Frederico Marques²⁸⁸, “la jurisdicción es una de las funciones que el Estado ejerce, como entidad soberana, dentro de su territorio”, por medio de la cual “el Estado actúa para hacer justicia, dando, así, a cada uno lo que es suyo, siempre que exista situación intersubjetiva litigiosa, o lid, que deba ser compuesta o solucionada”. Continúa aclarando que la tutela jurisdiccional es la tutela ejercida procesalmente por el Estado “sobre las relaciones intersubjetivas litigiosas, a fin de dar a cada uno lo que es suyo mediante la aplicación del derecho objetivo”.

²⁸⁵ DIAS, Maria Berenice. **Observações sobre o conceito de pretensão**. In: *Revista AJURIS*, v. 35, p. 84-96. Porto Alegre: Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, 1985. Disponível em: <<http://www.berenicedias.com.br>>. Acesso em: 02 mai. 2013. p. 01.

²⁸⁶ CHIOVENDA, Giuseppe. **Derecho procesal civil**. Traducción Española de la Tercera Edición Italiana, Prólogo y Notas de José Casáis e Santaló. Tomo I. Madrid: Editorial Reus, 1922. p. 60.

²⁸⁷ CHIOVENDA, Giuseppe. 1922. *Op. cit.*, p. 82.

²⁸⁸ MARQUES, José Frederico. **Manual de direito processual civil**. 2. ed., vol. I. São Paulo: Saraiva, 1974. p. 127.

Cândido Rangel Dinamarco²⁸⁹ define tutela jurisdiccional como aquella prestada por el Estado-Juez, a través del proceso:

Tutela jurisdiccional es el amparo que, por obra de los jueces, el Estado ministra a quien tiene razón en un proceso. Tutela es ayuda, protección²⁹⁰. Es jurisdiccional la protección otorgada mediante el ejercicio de la jurisdicción, para que el sujeto beneficiado por ella obtenga, en realidad de la vida y de las relaciones con las cosas o con otras personas, una situación más favorable de lo que aquella en que antes se encontraba.

La tutela jurisdiccional es un deber-poder al cual el Estado está obligado constitucionalmente²⁹¹ y que corresponde a la prestación debida, en carácter del ejercicio, por el sujeto, de su derecho de acción. Según Giuseppe Chiovenda²⁹²:

²⁸⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. 1996. *Op. cit.*, p. 61.

²⁹⁰ “Em uma perspectiva mais rente ao direito material, é possível equiparar a ‘tutela’ a um ‘bem da vida’, uma vez que o jurisdicionado procura o Poder Judiciário para obter um ‘bem jurídico’ ou a ‘tutela’ do direito que afirma possuir” (grifos do original) (MARINONI, Luiz Guilherme. 2011. *Op. cit.*, p. 30).

²⁹¹ El Brasil a tutela jurisdiccional efetiva é uma garantia tratada pela Constituição Federal de 1988 como direito fundamental, assegurada no artigo 5º, *caput* e incisos XXXV, LIV e LXXVIII: “artigo 5º: todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à e, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito; LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; [...] LXXVIII a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação [...] (BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 20 mai. 2013. En la Argentina tutela jurisdiccional efectiva se nasa en los principios de acceso efectivo à jurisdicción, el debido proceso y la igualdad ante la ley (artículos 16 y 18 de la Constitución de la de la Nación Argentina de 1994): “artículo 16: la Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento: no hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza. Todos sus habitantes son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad. La igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas. [...]. Artículo 18: ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado dos jueces designados por la ley antes del hecho de la causa. Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo; ni arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente. Es inviolable la defensa en juicio de la persona y dos derechos. El domicilio es inviolable, como también la correspondencia epistolar y los papeles privados; y una ley determinará en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación. Quedan abolidos para siempre la pena de muerte por causas políticas, toda especie de tormento y los azotes. Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo dos reos detenidos en ellas, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquélla exija, hará responsable al juez que la autorice” (ARGENTINA, Constitución. **Constitución de la Nación Argentina, sancionada en 1853 con las reformas dos años 1860, 1866, 1898, 1957 y 1994**. Ley nº 24.430, sancionada en diciembre 15 de 1994 y promulgada en enero 03 de 1995. Ordénase la publicación del texto oficial de la Constitución Nacional. Disponível em: <http://infoleg.mecon.gov.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/804/norma.htm>>. Acesso em: 20 mai. 2013).

²⁹² CHIOVENDA, Giuseppe. 1998. *Op. cit.*, p. 58. “Conceito de ação entendida como o poder jurídico autônomo de realizar por meio dos órgãos jurisdicionais a atuação da lei a benefício próprio, e o conceito da relação jurídica processual, ou seja, daquela relação que nasce entre as partes e os órgãos jurisdicionais da demanda judicial, independente de ser esta fundada ou não, são as duas colunas do meu sistema, o qual, portanto, depois de determinados os princípios fundamentais, se

El Estado moderno, por consecuencia, considera como función esencial propia a administración de la justicia; es exclusivamente su el poder de actuar a voluntad de la ley en el caso concreto, poder que se dice “jurisdicción”; y la que provee con la institución de órganos propio (jurisdiccionales) (subrayado del original).

Con efecto, la jurisdicción es la función del Estado que tiene por objetivo la actuación de la voluntad concreta de la ley por medio de la substitución de la actividad de particulares o de otros órganos públicos por la actividad de órganos públicos, tanto cuando de la afirmación de la existencia de la voluntad de la ley como cuando de su efectución²⁹³.

En suma, la tutela jurídica es el género del cual la tutela jurisdiccional es la especie, y es a través del derecho de acción que se concretiza la tutela jurisdiccional garantizada por la tutela jurídica, siendo que todo se inicia a través del acceso efectivo a la justicia²⁹⁴.

3.1.2 Tutela jurisdiccional efectiva

El concepto de tutela jurisdiccional sufrió cambios a lo largo del tiempo. Su definición clásica, no solo en Brasil, sino también en la mayoría de los países que adoptaron el sistema jurídico de descendencia romano-germánica, fue inspirada en la doctrina italiana, especialmente en las teorías de Giuseppe Chiovenda (1872-1937) y de Francesco Carnelutti (1879-1965).

En Brasil, se puede citar como ejemplo el Código de Proceso Civil de 1939, que fue basado en las teorías de Giuseppe Chiovenda y el Código de Proceso Civil de 1973 aún en vigor, bajo la influencia de Enrico Tullio Liebman (1903 - 1986). Desde la década de ochenta del siglo pasado y el advenimiento de la Constitución Federal Brasileña de 1988, inúmeras

cinde em duas grandes divisões: a) a primeira considera o processo em seu resultado favorável a uma das partes, e contém a doutrina da ação e de suas condições, isto é, do direito da parte à atuação da lei em seu próprio favor, doutrina exposta distintamente, conforme se figure esse direito como correspondente ao autor ou ao réu, e conforme a variedade das decisões a que a parte pode ter direito. [...]; b) a segunda divisão compreende a doutrina das relações processuais, examinadas em si mesmas, sem considerar o fato de que seu resultado favorece a uma parte antes que à outra. Aí se estudam antes de tudo as condições para a existência de um processo e para a possibilidade de uma decisão do mérito (pressupostos processuais). Vem a seguir a demanda judicial, que - fundada ou infundada - determina de qualquer modo a relação jurídica processual. Estuda-se essa relação em seu conteúdo e em seu desenvolvimento” (CHIOVENDA, Giuseppe. 1998. *Op. cit.*, p. 94-95).

²⁹³ “[...] no processo civil se desenvolve uma atividade de órgãos públicos destinada ao exercício duma função estatal. Num ordenamento jurídico, se irrompe contenda entre dois indivíduos acerca da atribuição de um bem da vida, não se admite que os litigantes provejam com suas próprias forças a dirimi-la. Tal acontecia nas origens. Com o tempo, entretanto, até nos povos primitivos o poder público, a que impende assegurar a paz social e eliminar os conflitos que a perturbam, intervém, já simplesmente para regular-lhes as formas exteriores, já para verificar se os bens, a que o promotor do conflito aspira, de fato lhe pertencem. A luta material transforma-se, dessarte, em luta jurídica (CHIOVENDA, Giuseppe. 1998. *Op. cit.*, p. 57).

²⁹⁴ PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Op. cit.*, p. 10.

alteraciones vienen siendo efectuadas en el texto del Código de Proceso Civil de 1973 visando básicamente dar mayor efectividad al proceso, caracterizando, así, la nueva fase instrumentalista que actualmente se vive en el proceso civil, considerado, hoy, como el “debido proceso legal”.

La doctrina procesal desarrollada por Giuseppe Chiovenda²⁹⁵, consonante el pensamiento liberal y legalista de su tiempo, se destacó por demostrar que el ejercicio de la tutela jurisdiccional estaría limitado a la voluntad de la ley. Giuseppe Chiovenda, de formación académica romanística, es considerado responsable por la institución de la escuela científica de derecho procesal italiana, inspirado en la escuela científica alemana, en la época (1894) encabezada por el jurista alemán Adolf Wach (1843-1926). Giuseppe Chiovenda llegó a ser llamado de traidor por algunos compatriotas porque prefirió la escuela científica alemana a la escuela exegética italiana²⁹⁶. Pero, luego recibió los méritos de haber percibido la necesidad de complementar el método exegético por el científico. Específicamente sobre la tutela jurisdiccional Giuseppe Chiovenda entiende que:

Toda norma basada en la ley representa una voluntad general, abstracta, hipotética, condicionada a la verificación de determinados hechos, que, en regla, pueden multiplicarse indefinidamente. Cada vez que se verifica el hecho o grupo de hechos previstos por la norma, se forma una voluntad concreta de la ley, al tiempo en que de la voluntad general y abstracta nace una voluntad particular que tiende a actuar en el caso determinado. Ahora, el proceso civil, que se encamina por demanda de una parte (autor) enfrente a otra (reo) sirve justamente, como en seguida mejor demostraremos, no más a convertir concreta la voluntad de la ley, pues esa voluntad ya se forma como voluntad concreta anteriormente al proceso, mas a certificar cual sea a voluntad concreta de la ley afirmada por el autor, la cual, se existente, es efectuada con el recibimiento de la demanda, o en caso contrario a voluntad negativa de la ley, efectuada con la recusa.

Giuseppe Chiovenda²⁹⁷ consubstanció los términos de la efectividad de la tutela jurisdiccional en los siguientes términos: “el proceso debe dar, cuando fuera posible

²⁹⁵ CHIOVENDA, Giuseppe. 1998. *Op. cit.*, p. 19.

²⁹⁶ A escola da exegese surgiu na França no Século XIX materializada no Código Napoleônico que entrou em vigor no dia 21 de março de 1804. Segundo a escola exegética, a interpretação da lei deve ser mecânica, de acordo com a intenção original do legislador. “Os juristas do século XVIII já negavam aos juízes o poder de interpretar a lei, a fim de evitar o arbítrio dos magistrados, devido à organização política, estruturada sob o absolutismo monárquico, sem a divisão de poderes. Com a Revolução Francesa, o princípio da divisão dos poderes foi consagrado. O Poder Legislativo passou a ser o único constitucionalmente capacitado a fazer leis. Desse modo, para os adeptos da Escola da Exegese, a lei só poderia ser interpretada através de seus textos, segundo a vontade do legislador. Se o Poder Judiciário modificasse a vontade do legislador estaria exorbitando seu poder e entrando na área de competência do Legislativo” (SEGANFREDDO, Sônia Maria S. **Como interpretar a lei: a interpretação do direito positivo**. Rio de Janeiro, Rio, 1981, p. 55-56).

²⁹⁷ CHIOVENDA, Giuseppe. 1998. *Op. cit.*, p. 67.

prácticamente, a quien tenga un derecho, todo aquello y exactamente aquello que él tenga derecho de conseguir”.

Alexandre Freitas Câmara²⁹⁸, va abordar el posicionamiento doctrinario defendido por Giuseppe Chiovenda anota que:

La teoría de Giuseppe Chiovenda sobre la jurisdicción parte de la premisa de que la ley, norma abstracta y genérica, regula todas las situaciones que eventualmente ocurran en concreto, debiendo el Estado, en el ejercicio de la jurisdicción, limitarse a la actuación de la voluntad concreta del derecho objetivo. En otras palabras, se limita el Estado, al ejercer a función jurisdiccional, a declarar derechos preexistentes y a actuar en la práctica los comandos de la ley. Tal actividad caracterizarse iba, esencialmente, por el su carácter substitutivo, ya enunciado.

Segun el pensamiento chiovendiano “derecho” y “ley” son términos diferentes en la grafía, mas similares en contenido, traduciendo los valores jurídicos de la época, basados en el principio de la legalidad, cabe decir, no se concebía ningún tipo de actividad jurisdiccional apartada de la voluntad concreta de la ley. De ese modo, la tutela jurisdiccional se daba por prestada por el Estado apenas con la declaración del juez sobre la voluntad concreta de la ley con la finalidad de obtener composición de la lid.

La tutela jurisdiccional restricta a la voluntad concreta de la ley, se limitaba, por lo tanto, al comando de los legisladores, situación que ni siempre se mostraba sensible a los valores de justicia. Finalmente, el hecho de la sentencia judicial estar estribada en la voluntad concreta de la ley no garantiza una decisión justa.

Francesco Carnelutti, aunque haya sido discípulo de Giuseppe Chiovenda, agregó al concepto de tutela jurisdiccional la idea de la “justa composición de la lid”. El objetivo de la jurisdicción, en la visión carneluttiana, es la resolución del conflicto. Para Giuseppe Chiovenda la función jurisdiccional del Estado tendría naturaleza substitutiva, pues entendía que el Estado-Juez al decidir apenas substituye la voluntad de los conflictos, buscando la producción de un resultado práctico equivalente al que sería producido si el derecho subjetivo hubiese sido realizado de modo espontáneo, cabe decir, sin la pretensión de resolver el conflicto o de presentar una decisión justa. Conforme Luiz Guilherme Marinoni²⁹⁹:

Francesco Carnelutti atribuyó a la jurisdicción la función de justa composición de la lid, comprendida como el conflicto de intereses cualificado por la pretensión de un y por la resistencia de otro interesado. La lid, en el sistema carneluttiano ocupa el

²⁹⁸ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. 17. ed., vol. I. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2008. p. 66.

²⁹⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 37-38.

lugar de la acción en el sistema chiovendiano. [...] La fórmula de “composición de la lid” también puede ser analizada a partir de la idea, que está presente en el sistema de Francesco Carnelutti, de que la ley es, por sí sola, insuficiente para componer la lid, siendo necesaria para tanto la actividad del juez. La sentencia, en esa línea, integra el ordenamiento jurídico, teniendo la misión de hacer concreta la norma abstracta, es decir, la ley. La sentencia, al tornar la ley particular para las partes, compondría la lid (subrayado del original).

A pesar de las críticas que recibió, aún Según Luiz Guilherme Marinoni³⁰⁰, se debe a Francesco Carnelutti la “comprensión privatista de la relación entre la ley, los conflictos y el juez” y si al entendimiento que predominaba a su tiempo de tutela jurisdiccional vinculada a los contornos del texto de la ley. Francesco Carnelutti define jurisdicción a partir de la lid, o sea, del conflicto de intereses. Básicamente, si no había contienda no existía función jurisdiccional. El punto de aproximación con la teoría de Giuseppe Chiovenda está en la afirmación de Francesco Carnelutti la ley, *de per sí*, es el suficiente para resolver el conflicto, bastando apenas del desarrollo de la actividad por el juez.

Para Vicente Greco Filho³⁰¹, las teorías de Giuseppe Chiovenda y de Francesco Carnelutti sobre la función jurisdiccional ya fueron consideradas antagónicas, pero, “en realidad se completan. Juntando las ideas es posible construir los siguientes conceptos de función jurisdiccional: “jurisdicción es el poder, función y actividad de aplicar el derecho a un hecho concreto, por los órganos públicos destinados a tal, obteniéndose la justa composición de la lid”. En la propia definición de Vicente Greco Filho³⁰²:

La jurisdicción es, en primero lugar, un poder, porque actúa como manifestación de la potestad del Estado y lo hace definitivamente en carácter de las partes en conflicto; es también una función, porque cumple la finalidad de hacer valer el orden jurídico posta en duda en virtud de una pretensión resistida; y, aún, es una actividad, consistente en una serie de actos y manifestaciones externas de declaración del derecho y de concretización de obligaciones consagradas en un título.

Con el pasar del tiempo surgió la necesidad de una tutela jurisdiccional más efectiva. El sinónimo entre derecho y ley comenzó a ser cuestionada. El derecho que antes se traducía en la seguridad jurídica de la aplicación de la ley, ahora se fundamenta en la seguridad jurídica (ley) y en la seguridad de la justicia de la aplicación del derecho en su tripla acepción: axiológica (justicia), técnico-formal (ley) y fática (caso concreto).

Así, en los días de hoy, por lo menos en el campo doctrinario, se entiende el “derecho” en el sentido de la contemplación del derecho positivo (ley formal), y del derecho en términos

³⁰⁰ *Idem, ibidem*, p. 35.

³⁰¹ GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro**: teoria geral do processo e auxiliares da justiça. 17. ed., vol. I. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 167.

³⁰² GRECO FILHO, Vicente. *Op. cit.*, p. 167.

de justicia (ley material), siendo que ese último concepto fue modificado para humanizar el derecho por los principios y reglas constitucionales que irradian (o deberían) irradiarse en los ordenamientos jurídicos positivados.

Finalmente, los comandos exorados por el Poder Legislativo en la forma de ley sólo se legitiman, en un Estado Democrático de Derecho, si estuvieren perfectamente armonizados con los valores y garantías que privilegian el censo de justicia, y eso ocurrió a partir de la institucionalización del constitucionalismo, cuando la Constitución dejó de ser mera declaración política sin fuerza normativa, para transformarse en una norma suprema que acoge institutos y reglas de todos los ramos del derecho, promueve la relectura de los institutos privados por medio de principios fundamentales y de la eficacia plena y radiante a los derechos fundamentales que expresa en su texto. Entonces fue preciso conformar la ley a los principios de justicia. En ese sentido Luiz Guilherme Marinoni³⁰³ explica que:

Esas Constituciones, para poder controlar la ley, dejaron de tener resquicios de flexibilidad - tornándose “rígidas”, en el sentido de escritas y no pasivas de cambio por la legislación ordinaria – y pasaron a ser vistas como dotadas de plena eficacia normativa. La ley, de esa forma, pierde su puesto de supremacía, y ahora es subordinada a la Constitución.

Con efecto, en el Estado Democrático de Derecho contemporáneo, la ley “tiene su sustancia condicionada a los principios constitucionales de justicia y a los derechos fundamentales”. De ese modo los conceptos de ley y de derecho son afectados en esencia, pues la ley pasa a ser comprendida e interpretada a partir de los derechos fundamentales, invirtiéndose “la lógica de la idea de que esos derechos dependen de la ley, pues hoy son las leyes que tienen su validez circunscrita a los derechos fundamentales, además de sólo admitir interpretaciones que a ellas estén adecuadas”³⁰⁴.

Ese proceso en que la ley encuentra límites en los derechos y garantías fundamentales representa una “reacción contra el principio de la supremacía de la ley y contra el absolutismo del legislador”. En ese nuevo escenario, la voluntad concreta de la ley se somete a la voluntad suprema del pueblo manifestada en el texto constitucional. En Brasil, el reconocimiento de la supremacía del texto constitucional en el orden jurídico brasileño fue consolidado con la adopción del sistema democrático de derecho por la Constitución Federal Brasileña de 1988³⁰⁵.

³⁰³ MARINONI, Luiz Guilherme. 2007. *Op. cit.*, p. 46.

³⁰⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. 2007. *Op. cit.*, p. 46.

³⁰⁵ Preâmbulo: nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e

Ese cambio de paradigma llevó a la relectura de los conceptos clásicos de los institutos jurídicos, alterando significativamente también la noción de tutela jurisdiccional, que pasó a recibir como elemento inherente a su definición la efectividad, en la medida en que no se puede hablar en tutela jurisdiccional en los moldes del derecho constitucional contemporáneo sin su prestación efectiva:

[...] los mecanismos e institutos integrantes de la jurisdicción constitucional guardan estricta relación funcional con la atención del constituyente entre el equilibrio entre poder y libertad y al reconocimiento de que la ley, los estatutos y el contrato sólo se legitiman en la medida en que compatibles con los valores guardados superiormente en la Constitución y no, simplemente, porque haya n sí propios la razón de su existencia y eficacia (jus quia jussum): es necesario asegurar, incluso mediante la predisposición de formas adecuadas rápidas y enérgicas para el ejercicio de la jurisdicción, la prevalencia normativa de la voluntad oriunda de las más elevada fuente de poder del Estado, o sea, asegurar la supremacía de la Constitución. Esa es una premisa básica del Estado de Derecho, donde no basta la proclamación del intuio de actuar “Segun el derecho y no Segun el arbitrio”, siendo indispensable la oferta de canales para el juicio del bien o del mal en casos concretos, o sea, para o reconocimiento del derecho y desterramiento del arbitrio (grifo do original)³⁰⁶.

La concepción de la tutela jurisdiccional mientras actuación de la voluntad concreta de la ley en la forma idealizada por Giuseppe Chiovenda, y como instrumento de justa composición de la lid de Francesco Carnelutti, es superada por el reconocimiento de la supremacía constitucional y sus preceptos clavados en el valor “justicia”, que condiciona la función jurisdiccional del Estado a la concretización de los valores constitucionales, principalmente los derechos fundamentales.

Desde entonces (la referencia-marco en Brasil, de esos cambios, es la Constitución Federal de 1988), el ejercicio del “derecho a la tutela jurisdiccional” sometido a la finalidad jurídica fue ampliado para abarcar el “derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva y adecuada” y realizar, además de los fines jurídicos, los fines sociales y políticos del propio Estado.

individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil. Título I (dos principios fundamentais): artigo 1º: a República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição” (Constituição federal de 1988).

³⁰⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. p. 29.

Así, en la actualidad la noción de tutela jurisdiccional está de modo umbilical atada a la idea de efectiva prestación del derecho a la sociedad por el órgano jurisdiccional del Estado. Además, la inclusión de la garantía a la tutela jurisdiccional efectiva en el texto constitucional refleja en todo el sistema jurídico que debe ser reorganizado y reestructurado para dar efectividad a los derechos y garantías constitucionalmente asegurados. Finalmente, el derecho a la prestación jurisdiccional efectiva figura, en la actualidad, como “lo más importante de los derechos, exactamente por constituir el derecho a hacer valer los propios derechos”³⁰⁷.

Ese cambio de paradigma se tornó necesario porque la simple prestación jurisdiccional dejó de ser insuficiente. El Estado debe conceder la tutela jurisdiccional de modo adecuado, propiciando su efectividad para componer el litigio de forma justa. Para tanto, Estado tiene el deber crear instrumentos capaces de satisfacer con efectividad las pretensiones a él formuladas por los ciudadanos. En esta perspectiva, si la tutela no fuera adecuada a las situaciones conflictivas impuestas al Estado, produce como efecto la denegación de la propia justicia, motivo por el cual la tutela jurisdiccional debe buscar siempre el grado mayor de efectividad posible³⁰⁸. En las palabras de Lise Nery Mora³⁰⁹:

Proceso efectivo es aquel apto a entregar, con el máximo de provecho y adecuación, la tutela jurisdiccional a quien, por medio del proceso, resulte merecedor de la respuesta del Estado-Juez, acercándose al máximo de la realización que el derecho material atribuye a quien lo titularice. [...]. Ella no puede ser estudiada como un simple ejercicio de la jurisdicción con entrega del proveimiento jurisdiccional. De hecho, deberá ser comprendida como efectucción de derechos.

Ada Pellegrini Grinover, Antonio Carlos de Araújo Cintra y Cândido Rangel Dinamarco³¹⁰ definen la tutela jurisdiccional efectiva como:

Una de las funciones del Estado, mediante la cual este se substituye a los titulares de los intereses en conflicto para, imparcialmente, buscar la pacificación del conflicto que los envuelve, con justicia. Esa pacificación es hecha mediante la actuación de la voluntad del derecho objetivo que rige el caso presentando en concreto para ser solucionado; y el Estado desempeña esa función siempre mediante el proceso, sea expresando imperativamente el precepto (a través de una sentencia de mérito), sea realizando en el mundo de las cosas lo que el precepto establece (a través de la ejecución forzada).

³⁰⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. 2007. *Op. cit.*, p. 166.

³⁰⁸ MOTA, Lise Nery. **Prisão Civil como técnica de efetivação das decisões judiciais**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2007. p. 14.

³⁰⁹ MOTA, Lise Nery. *Op. cit.*, p. 57.

³¹⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 145.

Para José Carlos Barbosa Moreira³¹¹ los principales puntos en *favor* de la efectividad de la justicia son los siguientes:

a) el proceso debe disponer de instrumentos de tutela adecuados, en la medida del posible, a todos derechos (y otras posiciones jurídicas de ventajas) contemplados en el ordenamiento, quiere resulten de expresa previsión normativa, que puedan inferir del sistema; b) esos instrumentos procesales deben ser prácticamente utilizables, al menos a principio, sean cuales fueran los supuestos titulares de los derechos (y de las otras posiciones jurídicas de ventajas) de cuya preservación o reintegración se cogita, incluso cuando indeterminado o indeterminable el círculo de los eventuales sujetos; c) impende asegurar condiciones propicias a la exacta y completa restitución de los hechos relevantes, a in de que convencimiento del juzgador corresponda, tanto cuando pueda, a la realidad d) en toda la extensión de la posibilidad práctica, el resultado del proceso á de ser tal que asegure a la parte victoriosa el gozo pleno de la específica utilidad la que hace *merecedor* Segun el ordenamiento; e) cumple que se pueda atingir semejante resultado con el mínimo dispendio de tiempo y energías.

Por su lado, José Joaquim Gomes Canotilho³¹² se refiere a la tutela judicial efectiva como “justicia constitucional” y explica que la centralidad de la garantía del acceso al derecho de la tutela jurisdiccional efectiva se justifica por tres razones básicas: a) presupone un catálogo de derechos fundamentales, pues cualquier comunidad de derecho es necesariamente una comunidad de derechos; b) solamente una protección jurisdiccional efectiva realiza la dimensión de juridicidad del poder, en su sentido fundamental de prohibición de la autodefensa y de afirmación del monopolio estatal de la coerción; y c) el recorte del derecho de acceso al derecho y a la tutela jurisdiccional como derecho autónomo y específico permite hacer funcionar una tutela de los derechos a varios niveles.al tratar a la tutela jurisdiccional efectiva en el sistema multinivel y las prerrogativas de la administración el jurista aleman Siegfried Bross³¹³ sustenta que la efectividad de la tutela jurisdiccional en un sistema organizado en diversos niveles, depende no apenas de requisitos procesales formais, mas también de las condiciones socioeconómicas del Estado:

En el moderno Estado de Derecho, la pretensión de los justiciables a la tutela judicial efectiva tiene prioridad constitucional máxima, en virtud de su relación directa con la dignidad humana. Solamente ella tiene la capacidad de asegurar a las personas, en procesos judiciales (y administrativos), la condición de sujeto, de modo que no se convierta objeto de la actividad del Estado. Al mismo tiempo, no se puede ignorar que la tutela judicial efectiva posee también presupuestos extrajurídicos. Si

³¹¹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Notas sobre a e do processo**. Vol. 10. Porto Alegre: Ajuris, 1983. p. 77-78.

³¹² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito de acesso à justiça constitucional**. Estados da Conferência das Jurisdições Constitucionais dos Países de Língua Portuguesa. Luanda, junho de 2011. p. 06.

³¹³ BROSS, Siegfried. **Tutela judicial efetiva no sistema multinível e as prerrogativas da administração**. Tradução de Martim Vicente Gottschalk. In: *Revista do Conselho da Justiça Federal*, nº 27, p. 13-17. Brasília: CEJ, out./dez. 2004. p. 13.

la orden económica no garantiza adecuadas condiciones de vida y amparo a todos los miembros de la sociedad, entonces la parte no privilegiada de la sociedad se queda excluida de la participación equitativa en la vida jurídica. La pretensión a la tutela judicial efectiva presupone igualdad de oportunidades *latu sensu*, que en esa hipótesis no estaría asegurada. La evolución de un ordenamiento jurídico justo y del respectivo posicionamiento jurídico del individuo ultrapasa la evolución de las normas legales. Paralelamente, deben ser desarrolladas las bases económicas del Estado y de su sociedad, bajo la óptica de la adecuación, justicia e igualdad de oportunidades.

De ese modo, si las personas, en dado momento de la historia, fueron prohibidas del ejercicio de la autotutela, y el Estado tomó para sí la función de resolver los conflictos, también asumió la obligación de propiciar al ciudadano una tutela jurisdiccional que “correspondiese a la realización de la acción privada que fue prohibida”³¹⁴.

En las acepciones actuales, ese deber del Estado de la tutela jurisdiccional sólo podrá ser de hecho efectivo si viene acompañado del amplio acceso a la justicia. Por eso que hoy el acceso a la justicia es reconocido como un derecho fundamental cuya función es asegurar que el Estado entregue a la población una tutela jurisdiccional efectiva y que proteja todos los derechos.

La importancia dada al acceso a la justicia procede de la constatación de que “la ausencia de tutela jurisdiccional efectiva implica la transformación de los derechos garantidos constitucionalmente en meras declaraciones políticas, de contenido y función mistificadores”, siendo que la tutela jurisdiccional efectiva sólo puede ser pensada mediante del amplio acceso a la justicia. Es por eso que, Según Luiz Guilherme Marinoni y Sérgio Cruz Arenhart³¹⁵:

La doctrina moderna abandonó la idea de que el derecho de acceso a la justicia, o el derecho de acción, significa apenas derecho a la sentencia de mérito. Ese modo de ver el proceso, si un día fue importante para la concepción de un derecho de acción independiente del derecho material, no se coaduna con las nuevas preocupaciones que están en los estudios de los procesalistas atados al tema de la “efectividad del proceso”, que trae en sí la superación de la ilusión de que este podría ser estudiado de manera neutra y distante de la realidad social y del derecho material. [...]. El derecho de acceso a la justicia, por lo tanto, garante la tutela jurisdiccional capaz de hacer valer de modo integral el derecho material.

El acceso a la justicia es la expresión máxima de las tutelas jurídica y jurisdiccional, pues de nada adelantaría cualquier una de esas tutelas si el ciudadano no tuviera acceso a ellas. En el entendimiento doctrinario brasileño, el acceso a la justicia no se limita a la facultad de estar en juicio, he aquí que “para que haya el efectivo acceso a la justicia es

³¹⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do processo de conhecimento: a tutela jurisdiccional através do processo de conhecimento**. 3. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 30.

³¹⁵ *Idem, ibidem*, p. 30-31.

indispensable que el mayor número posible de personas sea admitido a demandar y a defenderse adecuadamente” y, al final, reciba la debida tutela de su derecho; o sea, que reciba del Estado una “tutela jurisdiccional adecuada”³¹⁶.

Según lo explica Bryant Garth y Mauro Cappelletti³¹⁷, las palabras, “acceso a la justicia” sirven para enfocar de los objetivos básicos del sistema jurídico, por lo cual las personas pueden hacer valer sus derechos y resolver sus diferencias bajo el auspicio del Estado de Derecho. Estos dos principios son: a) que debe ser igualmente accesible para todos; y b) que debe generar resultados individual y socialmente justos. A estos últimos apunta se que no son de resorte exclusivo del Poder Judicial. En las palabras de Bryant Garth y Mauro Cappelletti³¹⁸:

La expresión acceso a la justicia es reconocidamente de difícil definición, mas sirve para determinar de los finalidades básicas del sistema jurídico - el sistema por lo cual las personas pueden reivindicar sus derechos y/o resolver sus litigios bajo los auspicio del Estado que, primeo debe ser realmente accesible a todos; Segun debe producir resultados que sean individual y socialmente justos.

Acerca de la aparente contradicción, enseña Luiz Guilherme Marinoni³¹⁹ que “la efectividad de la tutela del derecho, es cierto, muchas veces obliga a la postergación de la defensa”.

Conviene destacar, sin embargo, que la concesión de la cautelar puede representar para el reo exactamente lo que su no concesión puede significar para el actor. Es que:

[...] el “tiempo procesal” puede ser señal de afronta al principio del debido proceso legal no sólo en el caso en que el autor espera el desenlace del proceso sin liminar, mas también cuando el reo aguarda por mucho tiempo la solución del conflicto con el peso de la liminar sobre los hombros” (grifo do original)³²⁰.

De acuerdo con Antonio Luiz Bueno de Macedo³²¹, la tutela jurisdiccional efectiva o adecuada es aquella guiada por el principio de la no separación de la apreciación, por el

³¹⁶ Entendimento de CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel, dentre outros (GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Op. cit.*, p. 39).

³¹⁷ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução e revisão de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988. Reimpresso em 2002. p. 03.

³¹⁸ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Op. cit.*, p. 03.

³¹⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas de processo civil**. 3. ed., rev. ampl. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 237.

³²⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. 1999. *Op. cit.*, p. 237.

³²¹ MACEDO, Antônio Luiz Bueno de. **Medidas processuais de urgência**: doutrina, legislação, prática. Leme: J. H. Mizuno, 2005. p. 69.

Poder Judicial, de lesión o amenaza a derecho, con la garantía del contradictorio y amplia defensa aun cuando el actor no tenga razón frente al derecho material. En sus palabras, la “tutela jurisdiccional adecuada es la prestación de una decisión (sentencia) que aprecie una pretensión procesal desarrollada a través de procedimientos diferenciados, de conformidad con las diferentes situaciones de derecho material”.

Por lo tanto, el acceso a la justicia es el “acceso a el orden jurídico justa”, y puede ser traducida en la expresión “tutela jurisdiccional adecuada”. Nadie puede impedir el ciudadano de postular sus pretensiones en juicio. Conforme Antonio Adonias Aguiar Bastos³²²:

[...] el derecho de acción no dice respecto al acceso al Poder Judiciario para pedirle la protección a un derecho lesionado o amenazado, mas a la garantía de acceder los órganos judiciales para *alegar* la ofensa o la amenaza a un derecho. La protección pedida que equivale a la tutela judicial a la procedencia de la demanda, sólo se verificará en el final del proceso. Y ni siempre ocurrirá. [...] siendo el derecho de acción abstracto y autónomo, el ciudadano tiene el derecho de acceder el Judiciario independientemente de haber realmente sufrido una lesión o una amenaza a uno su derecho. Lo que le es garantizado es el acceso para traer sus alegaciones y pruebas.

La función jurisdiccional efectiva se constituye básicamente en la expresión del poder estatal que, naturalmente, es uno, indivisible e indelegable³²³. “la jurisdicción es una proyección particular, en el tocante a la pacificación, del objetivo mayor y último del Estado correspondiente a la promoción del bien común”. Para tanto, “el derecho procesal se presenta como el conjunto de normas reguladoras del ejercicio del poder, o más específicamente, del poder de imponer decisiones a los particulares y a sí propio, en la hipótesis de un organismo estatal figurar como parte”³²⁴.

Segun Marcus Vinícius Amorim de Oliveira³²⁵, el ejercicio de la jurisdicción encuentra fundamento en tres objetivos primordiales, derivados del carácter democrático del Estado contemporáneo, y orientados en esferas distintas, a saber: social, política y jurídica, en

³²² BASTOS, Antonio Adonias Aguiar. **O direito fundamental à razoável duração do processo e a reforma do Poder Judiciário: uma desmistificação.** In: *Revista Eletrônica Mensal do Curso de Direito da UNIFACS*, v. 80. Salvador: UNIFACS, 2007. Disponível em: <http://web.unifacs.br/revistajuridica/edicao_janeiro2007/index.htm>. Acesso em: 02 mai. 2013. p. 01.

³²³ “Para bem entender-se a distinção entre Administração Pública (em sentido estrito) e Governo, é mister partir da diferença entre as três funções do Estado. Embora o poder estatal seja uno, indivisível e indelegável, ele desdobra-se em três funções: a legislativa, a executiva e a jurisdiccional. A primeira estabelece regras gerais e abstratas, denominadas leis; as duas outras aplicam as leis ao caso concreto: a função jurisdiccional, mediante solução de conflitos de e aplicação coativa da lei, quando as partes não o façam espontaneamente; a função executiva, mediante atos concretos voltados para a realização dos fins estatais, de satisfação às necessidades coletivas (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 15. ed. São Paulo: 2003. p.55-57).

³²⁴ OLIVEIRA, Marcus Vinícius Amorim de. *Op. cit.*, p. 01.

³²⁵ *Idem, ibidem*, p. 01.

esta orden. Es en relación al objeto jurídico que la jurisdicción tiene por objetivo determinar el derecho a ser observado, haciendo actuar concretamente el derecho en última instancia.

Se infiere, por lo tanto, que el derecho a la tutela jurídica transcurre del propio monopolio de la jurisdicción, ya que al particular no le es permitido hacer uso de su propia fuerza, como ocurría en los tiempos de la “auto tutela” (“se convierte, así, el proceso en un instrumento de justicia en las manos del Estado”³²⁶). En este pensar, el particular debe recorrer al Estado-juez para obtener la satisfacción de su pretensión, y, en contra-partida, se impone al Estado el deber de recibir la demanda que le es traída al conocimiento y ofrecerle la debida solución, en los límites y presteza de lo que fue solicitado.

A ese deber del Estado corresponde el derecho de obtener la tutela jurídica. Y el ejercicio de la jurisdicción debe estar necesariamente vuelto para la garantía del acceso a la justicia y de la prestación jurisdiccional, he aquí que esta es, en último análisis, uno de los principales factores que desencadenaron el propio surgimiento del Estado.

En suma, existe la pretensión (pre procesal) a la tutela jurídica, la pretensión de derecho material (público) y la “acción” (remedio jurídico procesal). La pretensión pre procesal de tutela jurídica, que ya nace con el derecho a la tutela jurídica, es ejercitable a través del remedio jurídico procesal, concretizada a través de la “acción” (tutela jurisdiccional)³²⁷.

La tutela jurisdiccional se concretiza a través de diversas modalidades que nada más son de que “la clasificación de las acciones”. Debo resaltar que luego profusa doctrina sobre la cuestión y constatado que cada autor suele clasificar las acciones de acuerdo con su forma de ver, actuar y sentir el derecho adjetivo³²⁸. Sin embargo, en la mayoría de las veces las clasificaciones presentadas no se repelen; al contrario, se adaptan. Por lo tanto no huyen de la clasificación de acuerdo con la providencia jurisdiccional de cada una.

³²⁶ CHIOVENDA Giuseppe. 1998. *Op. cit.*, p. 57.

³²⁷ OLIVEIRA, Marcus Vinícius Amorim de. *Op. cit.*, p. 01.

³²⁸ “Direito adjetivo” é a denominação dada às normas processuais pelo jurista inglês Jeremias Bentham (1748-1832), que dividiu as normas jurídicas em leis substantivas e leis adjetivas (*substantive laws* e *adjective laws*). O direito adjetivo não cria direito novo, apenas assegura o cumprimento formal do direito substantivo já existente. Atualmente são utilizadas as expressões “direito formal”, “direito não-substancial”, ou “direito processual”. Assim, o Código Civil e o Código Penal representam direito substantivo ou substancial, ao passo que o Código de Processo Civil e o Código de Processo Penal constituem normas de direito adjetivo, meramente instrumental (MILHOMENS, Jônatas. **Da prova no processo**. Rio de Janeiro: Forense, 1982. p. 56 e ss).

Puedo sostener que la tutela jurisdiccional se clasifica en cuatro grupos³²⁹, como se pasa a presentar³³⁰:

a) tutela jurisdiccional cognitiva (acciones de conocimientos³³¹). Según Reis Friede³³², las acciones de conocimientos se subdividen en: condenatorias (el autor visa una sentencia de condenación del reo); constitutivas (pueden ser positivas o negativas y objetivan modificar un estado jurídico); declaratoria (principal o incidental: visan una declaración cuanto a una relación jurídica. Acción declaratoria incidental representa una acumulación sucesiva de pedidos para ampliar el alcance de la cosa juzgada, llevando su eficacia también para la cuestión prejudicial que se tornó litigiosa con posterioridad a la propuesta de la acción principal) y la mandamental (objetiva la obtención de una orden o un mandamiento)³³³.

Esta es la misma clasificación expresada por Giuseppe Chiovenda: “a) acciones de condenación; b) acciones constitutivas; c) acciones declaratorias”³³⁴.

b) tutela jurisdiccional ejecutiva (las acciones ejecutivas). Son aquellas que provocan providencias jurisdiccionales de ejecución mediante título ejecutivo. El derecho clásico³³⁵ prevé dos especies de acciones ejecutivas: ejecución forzada (ejecución de sentencia) y las acciones ejecutivas en sentido estricto o impropio.

Aquí es importante resaltar que, en el sistema procesal brasileño actual, el binomio de la condenación-ejecución fundado en el principio de la *nula executio sine titulo* fue superada

³²⁹ Para Giuseppe Chiovenda, “a atuação da lei no processo pode assumir três formas: cognição, conservação, execução. De cada qual resultam diferentes provimentos” (CHIOVENDA Giuseppe. 1998. *Op. cit.*, p. 54).

³³⁰ Optou-se pelas modalidades de tutela jurisdiccional apresentadas por FRIEDE, Reis. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 2. ed., v. I. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000. p. 52 e ss.

³³¹ “A mais plena forma de provimento do juiz é a sentença, que, baseada em completo conhecimento da causa, com prévio exame a fundo - bem entendido - de todas as razões das partes, acolhe ou rejeita a demanda, afirmando ou negando a existência da vontade concreta da lei invocada pelo autor. Se a vontade da lei impõe ao réu uma prestação passível de execução, a sentença que acolhe o pedido é de condenação e tem duas funções concomitantes, de declarar o direito e de preparar a execução; se a sentença realiza um dos direitos potestativos que, para ser atuados, requerem o concurso do juiz, é constitutiva; se, enfim, se adscrive a declarar pura e simplesmente a vontade da lei, é de mera declaração. Temos, portanto, correspondentemente, estes três primeiros grupos de ações: a) ações de condenação; b) ações constitutivas; c) ações declaratórias” (CHIOVENDA Giuseppe. 1998. *Op. cit.*, p. 54).

³³² FRIEDE, Reis. 2000. *Op. cit.*, p. 52.

³³³ Para alguns autores a ação mandamental não é ação de conhecimento, entretanto, FRIEDE prefere assim classificá-la (FRIEDE, Reis. 2000. *Op. cit.*, p. 52).

³³⁴ (CHIOVENDA Giuseppe. 1998. *Op. cit.*, p. 54).

³³⁵ “[...] o pronunciamento do juiz tem por escopo apressar a execução, e, embora sem prescindir do conhecimento, delimita-lhe os confins, porque se baseia num conhecimento, ou não definitivo, ou parcial, ou superficial. Declarações são essas com preponderante função executiva (execução provisória da sentença, procedimento documental, cambiário, procedimento monitorio ou injuncional), e as ações com essa finalidade qualificam-se de ações sumárias” (CHIOVENDA Giuseppe. 1998. *Op. cit.*, p. 54-55). Atente-se, nesse particular, o atual sincretismo processual do direito processual brasileiro, que já não mais prevê a execução de sentenças como ação de execução, mas como fase do processo de conhecimento.

por el “sincretismo procesal”, que significa la “simultaneidad de cognición y ejecución en el mismo proceso”³³⁶.

El sincretismo procesal acabó positivizado en el derecho procesal brasileño a través de mini reformas ocurridas en 1994, por la Ley nº 8.952³³⁷ (tutela específica); en 2002, a través de la Ley nº 10.444³³⁸ (anticipación de la tutela); y recientemente con la Ley nº 11.232 de 2005³³⁹ (que de entre otras innovaciones, trae nueva definición de sentencia, establece la fase de cumplimiento de la sentencia en el proceso civil de conocimiento y revoca dispositivos relativos a la ejecución fundada en título judicial), que abarca también la Ley nº 11.187 de 2005³⁴⁰ y las Leyes nº 11.276³⁴¹, nº 11.277³⁴² y nº 11.280³⁴³, las tres últimas editadas en 2006, cuyas innovaciones resultaron en la supresión del clásico compartimento estanco entre proceso de conocimiento y proceso de ejecución, de entre muchas otras³⁴⁴.

³³⁶ MAFRA, Jeferson Isidoro. **Sincretismo processual**. In: *Revista Juris Síntese*, nº 40, mar/abr. 2003. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/view/18264/17828>>. Acesso em: 02 mai. 2013. p. 01.

³³⁷ BRASIL, Legislação. **Lei nº 8.952, de 13 de dezembro de 1994**. Altera dispositivos do Código de Processo Civil sobre o processo de conhecimento e o processo cautelar. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8952.htm>. Acesso em: 02 mai. 2013.

³³⁸ BRASIL, Legislação. **Lei nº 10.444, de 07 de maio de 2002**. Altera a Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/2002/L10444.htm>>. Acesso em: 02 mai. 2013.

³³⁹ BRASIL, Legislação. **Lei nº 11.232, de 22 de dezembro de 2005**. Altera a Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, para estabelecer a fase de cumprimento das sentenças no processo de conhecimento e revogar dispositivos relativos à execução fundada em título judicial, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11232.htm>. Acesso em: 02 mai. 2013.

³⁴⁰ BRASIL, Legislação. **Lei nº 11.187, de 19 de outubro de 2005**. Altera a Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, para conferir nova disciplina ao cabimento dos agravos retido e de instrumento, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11187.htm>. Acesso em: 02 mai. 2013.

³⁴¹ BRASIL, Legislação. **Lei nº 11.276, de 07 de fevereiro de 2006**. Altera os artigos 504, 506, 515 e 518 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, relativamente à forma de interposição de recursos, ao saneamento de nulidades processuais, ao recebimento de recurso de apelação e a outras questões. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11276.htm>. Acesso em: 02 mai. 2013.

³⁴² BRASIL, Legislação. **Lei nº 11.277, de 07 de fevereiro de 2006**. Acresce o artigo 285-A à Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, que institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11277.htm>. Acesso em: 02 mai. 2013.

³⁴³ BRASIL, Legislação. **Lei nº 11.280, de 16 de fevereiro de 2006**. Altera os artigos 112, 114, 154, 219, 253, 305, 322, 338, 489 e 555 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, relativos à incompetência relativa, meios eletrônicos, prescrição, distribuição por dependência, exceção de incompetência, revelia, carta precatória e rogatória, ação rescisória e vista dos autos; e revoga o artigo 194, da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11280.htm>. Acesso em: 02 mai. 2013.

³⁴⁴ As mais últimas são: a Lei nº 11.969, de 06 de julho de 2009, que permite a obtenção de cópias processuais pelos advogados (BRASIL, Legislação. **Lei nº 11.969, de 06 de julho de 2009**. Altera a redação do parágrafo 2º, do artigo 40, da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, que institui o Código

En esta línea, se supera la dicotomía procesal hasta entonces prevaleciente por el proceso clásico³⁴⁵, con la posibilidad de satisfacción, a través de actos ejecutivos, en el propio proceso de conocimiento. A través de estas técnicas hay un sincretismo procesal: simultaneidad de cognición y ejecución en el mismo proceso³⁴⁶;

c) tutela jurisdiccional monitoria (acciones monitorias): compete a quien pretender, con base en prueba escrita sin eficacia de título ejecutivo, pagamento de soma en dinero, entrega de cosas fungible o de determinado bien móvil. Segun José Rubens Costa³⁴⁷, es un expediente para eliminar, prácticamente, el proceso de conocimiento, permitiendo al credor, substituir a común acción de cobranza por un expediente que atraía el deudor a preferir el pagamento al debate judicial;

de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/_Ato2007-2010/2009/Lei/L11969.htm>. Acesso em: 02 mai. 2013); a Lei nº 11.965, de 03 de julho de 2009 dispõe sobre a participação do defensor público na lavratura da escritura pública de inventário e de partilha, de separação consensual e de divórcio consensual (BRASIL, Legislação. **Lei nº 11.965, de 03 de julho de 2009**. Dá nova redação aos artigos 982 e 1.124-A da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, que institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L11965.htm#art2>. Acesso em: 20 mai. 2013); a Lei nº 12.122, de 15 de dezembro de 2009 inclui como sujeitas ao procedimento sumário as causas relativas à revogação de doação (BRASIL, Legislação. **Lei nº 12.122, de 15 de dezembro de 2009**. Altera o artigo 275 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, incluindo como sujeitas ao procedimento sumário as causas relativas à revogação de doação. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12122.htm#art2>. Acesso em: 20 mai. 2013); e a Lei nº 12.322, de 09 de setembro de 2010 transformou o agravo de instrumento interposto contra decisão que não admite recurso extraordinário ou especial em agravo nos próprios autos (BRASIL, Legislação. **Lei nº 12.322, de 09 de setembro de 2010**. Transforma o agravo de instrumento interposto contra decisão que não admite recurso extraordinário ou especial em agravo nos próprios autos, alterando dispositivos da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12322.htm#art1>. Acesso em 23 mai. 2013).

³⁴⁵ Daniel Francisco Mitidiero manifesta preocupação com as mudanças processuais, destacando a importância de se manter a identidade do processo civil brasileiro ressaltando que “o nosso processo civil tem identidade própria e características que lhe são peculiares, não podendo furtar-se o intelectual brasileiro de levar em consideração as nossas raízes no quando da análise de nossas instituições. Oxalá que não percamos o rico sentido histórico do processo civil brasileiro”. Porém se refere ao momento anterior ao atual Código de Processo Civil, quando “experimentávamos o praxismo como modelo processual”. Nas suas palavras “esse quadro só veio a alterar-se com o Código de Processo Civil de 1973, diploma normativo que inaugurou entre nós, inequivocamente, o processualismo, impondo um método científico ao processo civil à força de construções alimentadas pela lógica teórico-positiva, evadindo-o da realidade. Enxertando em nossa tradição elementos estranhos à mesma (pense-se, por exemplo, na positivação de um processo de conhecimento seguido, no mais das vezes, de um rígido “processo de execução”), não surpreende que suas linhas mestras tenham gorado em menos de trinta e poucos anos mercê de sucessivas reformas, que pouco mais fizeram além de resgatar algo que era próprio e peculiar à nossa cultura, ainda que em um outro nível de compreensão (MITIDIERO, Daniel Francisco. **Processo e cultura: praxismo, processualismo e formalismo em direito processual civil**. Publicado em 2004. Disponível em: <http://www.tex.pro.br/wwwroot/02de2004/processoecultura_danielmitidiero.pdf>. Acesso em: 02 mai. 2013. p. 01).

³⁴⁶ ALMEIDA JÚNIOR, Jesualdo Eduardo de. A terceira onda de reforma do Código de Processo Civil. **Leis nº 11.232/2005, 11.277 e 11.276/2006**. In: *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, nº 959, 17 fev. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7982>>. Acesso em: 02 mai. 2013. p. 01.

³⁴⁷ COSTA, José Rubens. **Ação monitoria**. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 5 e ss.

d) tutela jurisdiccional cautelar (acciones cautelares): también llamadas “preventivas”, “cautelares” o de “urgencia”, visan proteger y requerir providencias urgentes y provisionales, de forma sumaria, tendentes a asegurar los efectos de una providencia principal en peligro por eventual demora, cuya función es atender al principio de la efectividad del proceso³⁴⁸. Las medidas urgentes, conforme Roberto Omar Berizonce³⁴⁹:

[...] devienen imprescindibles entonces en el típico proceso de urgencia amparista. No solo por la habitual dilatación del resultado final sino en esencia por la necesidad casi siempre imperiosa, de anticipar, siquiera a título interino y provisional, el bien de la vida tutelado por un derecho fundamental, que se exhibe flagrantemente vulnerado cuando de aquella situación de insatisfacción del derecho se deriva inevitablemente un daño irreparable para su titular, por el peligro inminente de que la providencia de mérito llegue tardíamente, y con ello se torne inútil el resultado de la jurisdicción.

La tutela jurisdiccional cautelar engloba tanto las medidas anticipatorias como las cautelares, en ambos los casos abarcándose las medidas inhibitorias. Luego, la “tutela de urgencia es el género de medida judicial en la cual están inseridos los proveimientos de la tutela cautelar, de las diversas cautelares, de las tutelas anticipatorias y de las inhibitorias”³⁵⁰.

Es importante esclarecer que el proveimiento cautelar no se confunde con la tutela jurisdiccional cautelar. De acuerdo con Anna Carolina Resende de Azevedo Maia:

La liminar nada más es de que el proveimiento judicial emitido en el momento en que el proceso se instaura, o sea, *in limine litis*. La identificación de la categoría no se hace por el contenido, función o naturaleza del proveimiento, más solamente por el momento de su pronuncia. La liminar debe ser analizada en el inicio del proceso y no simplemente antes de la sentencia. En este caso podremos estar delante de proveimientos anticipatorios³⁵¹.

Las acciones cautelares se subdividen en tres hipótesis: tutela anticipatoria, tutela cautelar y tutela diferenciada.

³⁴⁸ “[...] trata-se de prover com urgência à manutenção do *statu quo*, como a assegurar a futura satisfação de um possível direito depois de sua declaração. A essas provisões, com as quais se efetiva uma tutela de conservação, correspondem as ações assecutórias” (CHIOVENDA Giuseppe. 1998. *Op. cit.*, p. 55).

³⁴⁹ BERIZONCE, Roberto O. **Medidas cautelares, anticipatorias y de urgencia en el proceso de amparo**. In: *Anales, Derecho Procesal, Universidad Nacional de la Plata*, 2009, ano 07, nº 40, p. 417-432. La Plata: OLP, 2009-2010. p. 419.

³⁵⁰ CHANAN, Guilherme Giacomelli. **Conceito de tutela de urgência**. Páginas de direito do professor Tesheiner, v. VII, 2006. Disponível em: <<http://www.tex.pro.br/wwwroot/00/060705.php>>. Acesso em: 02 mai. 2013. p. 01.

³⁵¹ MAIA, Anna Carolina Resende de Azevedo. **A tutela antecipatória no moderno processo civil brasileiro**. In: *Revista do Jurídica do Centro de Estudos Judiciários - CEJ*, nº 25, p. 104-106. Brasília, abr./jun. 2004. p. 106.

d.1) en la tutela anticipatoria se observa a la propuesta de la acción cautelar anticipatoria de la acción principal, visando a la anticipación de la tutela jurisdiccional pretendida, fundamentada en el *fumus boni iuris* y en el *periculum in mora*, en todas las hipótesis previstas en el diploma procesal. La anticipación de la tutela adelanta los efectos de la tutela de mérito del proceso principal. La anticipación de la tutela refiere al mismo proceso en que será dirimido el mérito. La anticipación de la tutela necesita, además del *periculum in mora* y el *fumus boni iuris*, sumados a la urgencia, de la prueba inequívoca que lleve al vero semejanza de la alegación, es decir, la probabilidad de existencia del derecho³⁵².

La tutela anticipada se preocupa en proporcionar al actor el resultado práctico que busca obtener a través de la propia tutela final. Se trata de medida satisfactoria, marcada, en regla, provisional. De entre sus objetivos está lo de dar efectividad al principio de la tempestividad, en la medida en que distribuye la carga del tiempo entre las partes, observando para tanto la plausibilidad del derecho alegado por estas. En la interpretación de Anna Carolina Resende de Azevedo Maia:

La tutela anticipatoria puede ser concedida a cualquier momento, incluso cuando proferir de la sentencia, mas para tanto necesita de requerimiento de la parte. No hay tutela anticipada de oficio. La revocación de la medida también puede ser hecha a cualquier momento, desde que debidamente fundamentada³⁵³.

Pero, la concesión de la tutela anticipada depende de la realización previa de algunos requisitos, tales como: a) la prueba inequívoca; b) la verosimilitud de la alegación; c) el fundado recelo de daño o de difícil reparación; d) la caracterización del abuso de derecho de defensa; y e) el manifiesto propósito prorrogativo del reo. Es importante destacar que el párrafo 2º, del artículo 273, del Código de Proceso Civil³⁵⁴, añade un requisito negativo, cual sea, lo de la irreversibilidad de la medida³⁵⁵.

d.2) en la tutela cautelar la tutela será propuesta en el curso del proceso principal, por dependencia a este, con la finalidad de prevenir el juicio o producir alguna especie de prueba en el curso del proceso. La cautelar no puede ser satisfactoria, aunque se admita, en ese acaso, la anticipación de la eficacia de la sentencia del proceso cautelar. La cautelar tiene apenas la

³⁵² LOPES, João Batista. **Tutela antecipada no processo civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 135-136.

³⁵³ MAIA, Anna Carolina Resende de Azevedo. *Op. cit.*, p. 105.

³⁵⁴ “Artigo 273: o juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e: [...]. Parágrafo 2º: não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado. [...]” (Código de Processo Civil).

³⁵⁵ MAIA, Anna Carolina Resende de Azevedo. *Op. cit.*, p. 105.

finalidad instrumental de asegurar el resultado útil de otro proceso (dicho “principal”). Para diferimiento de la cautelar cautelar se exige apenas el *periculum in mora* y el *fumus boni iuris*, sumados a la urgencia³⁵⁶.

Conforme Fábio Cardoso Machado³⁵⁷, la tutela cautelar pretende asegurar la futura satisfacción de derechos que se encuentren bajo amenaza de daño irreparable. Se trata de especie de tutela de urgencia capaz de proteger el derecho, asegurando su futura satisfacción, sin, con todo, satisfacerlo concretamente. Para tanto, “es indispensable a la concesión de la tutela cautelar que el requirente indique el derecho, pretensión, acción o excepción que desea proteger, asegurar sin satisfacer”. Se resalta que:

La tutela cautelar protege la futura y eventual satisfacción contra la amenaza de daño irreparable (*periculum damnum irreparabile*). Tratándose de peligro en razón de la probable demora en la satisfacción (*periculum in mora*), es necesario anticiparla, satisfaciendo urgentemente. Por ello, el *periculum in mora* es presupuesto de concesión de la tutela urgente satisfactoria, y no de la tutela cautelar, que exige peligro de daño irreparable. [...] puede la medida cautelar, por lo tanto, perdurar hasta la sentencia, como puede ser revocada antes de ella, desapareciendo el peligro, o sobrevivir a ella, persistiendo el peligro³⁵⁸.

d.3) la tercera modalidad de tutela jurisdiccional cautelar es la tutela específica que sirve para prevenir o impedir la práctica de un acto ilícito, con el fin de garantizar el derecho. Se resalta que la expresión “tutela específica” consta en el texto del artículo 461, *caput*, del Código de Proceso Civil³⁵⁹, por lo tanto, también es llamada de “tutela inhibitoria”.

Aunque aquí enumerada como una de las modalidades de tutela cautelar, puede ser así concebida apenas en relación a la característica de ambas ser tutelas preventivas, por lo tanto, en esencia, se diferencian una de la otra, he aquí que quién no separa “ilícito” (acto contrario al derecho) de “daño”, obviamente no puede entender que las acciones: inhibitoria y de remoción del ilícito, tienen como presupuesto la probabilidad de ilícito (inhibitoria) y su práctica (remoción del ilícito), mientras que la acción cautelar requiere la probabilidad del daño³⁶⁰.

³⁵⁶ LOPES, João Batista. *Op. cit.*, p. 136.

³⁵⁷ MACHADO, Fábio Cardoso. **Condições de fungibilidade entre medidas cautelares e antecipatórias**. In: *Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, nº 671, 07 maio 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6685>>. Acesso em: 02 mai. 2013. p. 01.

³⁵⁸ MACHADO, Fábio Cardoso. *Op. cit.*, p. 01.

³⁵⁹ “Artigo 461: na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento. [...]” (BRASIL, Legislação. **Decreto-lei nº 1.608, de 18 de setembro de 1939**. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.dji.com.br/constituicao_federal/cf006a011.htm>. Acesso em: 02 mai. 2013).

³⁶⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. 2011a. *Op. cit.*, p. 107 e ss.

En el ordenamiento jurídico brasileño en vigor, la tutela específica está inserida en el supra citado artículo 461, del Código de Proceso Civil y en el artículo 84, del Código de Defensa del Consumidor³⁶¹.

Del expuesto, se concluye que el derecho a la prestación jurisdiccional efectiva es un derecho de naturaleza fundamental, en la medida en que la efectividad de la tutela jurídica (de la tutela de todos los demás derechos) depende de su realización. Así, el derecho a la prestación jurisdiccional efectiva, que se traduce, entonces en el acceso efectivo a la justicia, “es proclamado lo más importante de los derechos, exactamente por construir el derecho de hacer valer los propios derechos”³⁶². Por lo tanto, el acceso efectivo a la justicia constituye la principal garantía de los derechos subjetivos, en torno de lo cual gravitan todas las garantías destinadas a promover la efectiva tutela de los derechos fundamentales, amparados por el ordenamiento jurídico.

El derecho a la acción y a la tutela jurisdiccional se concretiza a través del debido proceso, con amparo en la órbita constitucional, por medio de las disposiciones de los incisos XXXV y LIV, del artículo 5° de la Constitución Federal de 1988³⁶³. Pero, tales garantías se encuentran atadas, no siendo posible concebir el derecho de acción como el mero pronunciamiento jurisdiccional sobre la pretensión deducida por la parte³⁶⁴.

Poco adelanta positivar el derecho, si su interpretación no fuera adecuada a los fundamentos sociales a los cuales se presta a la tutela jurisdiccional (principios

³⁶¹ “Artigo 84: na ação que tenha por objeto o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento. Parágrafo 1º: a conversão da obrigação em perdas e danos somente será admissível se pelas optar o autor ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente. Parágrafo 2º: a indenização por perdas e danos se fará sem prejuízo da multa (artigo 287, do Código de Processo Civil). Parágrafo 3º: sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou após justificação prévia, citado o réu. Parágrafo 4º: o juiz poderá, na hipótese do parágrafo 3º ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando prazo razoável para o cumprimento do preceito. Parágrafo 5º: para a tutela específica ou para a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz determinar as medidas necessárias, tais como busca e apreensão, remoção de coisas e pessoas, desfazimento de obra, impedimento de atividade nociva, além de requisição de força policial (BRASIL, Legislação. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/l8078.htm>>. Acesso em: 02 mai. 2013).

³⁶² MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. São Paulo: RT, 2004. p. 184-185.

³⁶³ “Artigo 5º: [...] XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito; [...] LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; [...]” (BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988**. Disponível em: <http://www.dji.com.br/constituicao_federal/cf006a011.htm>. Acesso em: 02 mai. 2013).

³⁶⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Op. cit.*, p. 48; 53).

constitucionales). no es suficiente afirmar que todos tienen derecho de acceso a la justicia, cuando la organización judicial y los procedimientos no están adecuadamente predisuestos para viabilizar la adecuada y efectiva tutela jurisdiccional de los derechos.

Entendo que el proceso civil necesita seguir algunas formas, pero estas no pueden sobreponerse a la tutela jurisdiccional efectiva, ampliamente prevista y garantida en el texto constitucional y definida como un “poder-deber” del Estado-juez, porque la prestación de la tutela jurisdiccional efectiva es un derecho difuso, de interés público, he aquí que afecta la sociedad como un todo. Los principios son los puntos básicos, que sirven de fundamento para la elaboración y aplicación del derecho, y deben trabajar en armonía.

3.1.3 Tutela cautelar y tutela anticipatoria

La tutela anticipada, al paso que es una de las mayores trascendencias del derecho procesal contemporáneo³⁶⁵, siempre suscitó cuestiones e incertidumbre cuanto a su aplicación en el objetivo de proteger ciertos derechos, llegando inclusive a ser confundida con las tutelas cautelares, “al punto de pensarse que el referido instituto tendría vaciado el proceso cautelar”³⁶⁶.

Dispone el artículo 273, del Código de Proceso Civil, con la nueva redacción de la Ley nº 8.952, de 13 de diciembre de 1994, que el requerimiento de la parte el juez podrá anticipar, total o parcialmente, los efectos de la tutela pretendida en el pedido inicial, desde que, existiendo prueba inequívoca, el juzgador se convenza de la verosimilitud de la alegación, que haya fundado recelo de daño irreparable o de difícil reparación el que quede caracterizado el abuso de derecho de defensa o el manifiesto propósito prorrogativo del reo (Código de Proceso Civil).

Cecília Belsito y Caporale³⁶⁷ verifica que esta innovación en la legislación brasileña la pone en un nivel de punta, “al recoger enseñanzas y modalidades de otras áreas culturales que se han considerado trasplantables a esa realidad contextual”. Esos doctrinarios colacionan algunas de las conotaciones más importantes que de acuerdo con sus verificaciones son apuntadas por la doctrina acerca de la anticipación de la tutela en la disciplina del orden

³⁶⁵ BELSITO, Caporale. **Tutela judicial efectiva**. Rosário: Nova Tesis Editorial Jurídica, 2005. p. 333.

³⁶⁶ SOARES, Evanna. **Tutela anticipada e liminar em cautelar**: traços distintivos. Comentário crítico ao acórdão STJ-REsp nº 159399-SP. In: *Jus Navigandi*, ano 07, nº 61, Teresina, jan. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3455>>. Acesso em: 02 mai. 2013. p. 01.

³⁶⁷ BELSITO, Caporale. *Op. cit.*, p. 334.

jurídico brasileira desde la Ley nº 8.952, de 13 de diciembre de 1994 sobre la anticipación de la tutela³⁶⁸:

a) la figura de la tutela anticipatoria radica en el área del conocimiento sumario y no en el cautelar, porque no se limita a asegurar el resultado práctico del proceso principal, si no a concederle al actor en forma anticipada lo que debería atribuirle después;

b) esa anticipación de la tutela se asemeja, cuanto a la estructura, a los *interditos possessórios*³⁶⁹;

c) cuando su manutención no se justifica a tutela anticipatoria deberá ser modificada o revocada;

d) en relación a su naturaleza jurídica, tiene los mismos efectos de la sentencia de mérito y se trata de una providencia de ejecución con la finalidad de entregar o satisfacer al actor, total o parcialmente, el objeto o contenido de la pretensión, de hundo, medular, es decir, el bien de la vida requerido;

e) no se confunde con el juicio anticipado de la lid (artículo 330, del Código de Proceso Civil³⁷⁰) porque en ese procedimiento el juez juzga el propio mérito de la causa de forma definitiva;

f) destacan los presupuestos del inciso II, del artículo 273, del Código de Proceso Civil, del “abuso de derecho de defensa el el manifiesto propósito de postergación del reo” como hipótesis de legitimación de la tutela anticipatoria;

g) la medida puede ser concedida en cualquier estado del proceso, en *inaudita altera parte*³⁷¹, o después de la transferencia (bilateralidad) al demandado;

h) el conocimiento es sumario y los presupuestos procesales que justifican el procedimiento del pedido necesitan estar ciertos y líquidos.

³⁶⁸ *Idem, ibidem*, p. 334-335.

³⁶⁹ Fundamento dos *interditos possessórios*: “artigo 1.210: o possuidor tem direito a ser mantido na posse em caso de turbação, restituído no de esbulho, e segurado de violência iminente, se tiver justo receio de ser molestado. Parágrafo 1º: o possuidor turbado, ou esbulhado, poderá manter-se ou restituir-se por sua própria força, contanto que o faça logo; os atos de defesa, ou de desforço, não podem ir além do indispensável à manutenção, ou restituição da posse. Parágrafo 2º: não obsta à manutenção ou reintegração na posse a alegação de propriedade, ou de outro direito sobre a coisa” (BRASIL, Legislação. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 20 mai. 2013).

³⁷⁰ “Artigo 330: o juiz conhecerá diretamente do pedido, proferindo sentença: I - quando a questão de mérito for unicamente de direito, ou, sendo de direito e de fato, não houver necessidade de produzir prova em audiência; II - quando ocorrer a revelia (artigo 319)” (Código de Processo Civil).

³⁷¹ A expressão *Inaudita altera parte* é uma locução latina que designa a providência judicial requerida por uma das partes litigantes a ser tomada sem que a outra parte tome conhecimento do ato para não turbá-lo. Nas palavras de Deocleciano Torrieri Guimarães “consiste numa providência judicial requerida por uma das partes e que deve ser tomada sem que a outra dela tome conhecimento para não turbá-la” (GUIMARÃES. Deocleciano Torrieri. **Dicionário técnico jurídico**. 2. ed. São Paulo: Rideel, 1999 p. 358).

En la constatación de Reis Friede³⁷²:

Algunos autores tienen, con excesiva (y preocupante) frecuencia, confundido, entre sí, los diferentes institutos de la tutela anticipada (de nítido aspecto cognitiva de jurisdicción propia (con incontestada vinculación extrínseca (material)), índole meritoria, satisfacción finalizada, intuición agotada (aún que, en la hipótesis, con grado relativo), y cognición sumaria no urgente) y de la tutela cautelar (de nítido aspecto acautelatorio de jurisdicción impropia (con incontestada vinculación intrínseca (procesual)), índole no meritoria, cautelaridad referencial, intuición no agotada, y cognición sumaria urgente), contribuyendo, sobremanera, en este especial contexto, para el efectivo establecimiento de una aparente (y, en este particular, equivocada) similitud entre ambos institutos procesuales que, en su esencia, poseen objetivos completamente distintos [...].

Con todo, la medida cautelar tiene naturaleza de garantía mientras que la tutela anticipada es satisfactoria³⁷³. A continuación se presentan los requisitos legales para la factibilidad del proceso cautelar, para servir de subsidios para comprenderse los aspectos y elementos que diferencian la tutela anticipatoria de la tutela cautelar.

3.1.3.1 Requisitos legales para la factibilidad de la tutela cautelar

Las medidas cautelares o asegurativas fueron creadas para aprovechar al proceso de conocimiento o mismo de ejecución. Se trata de una cautela eminentemente procesal en la medida en que el interés por ella protegido no es “atributivo de bienes de la vida”, mas atributivo público de “accederse la justicia con efectividad”. La justificativa para las tutelas cautelares son así expuestas por Luiz Fux³⁷⁴:

[...] de nada adelantaría deferirse el acceso a la justicia sin la garantía respectiva de creación de las condiciones ideales para la prestación jurisdiccional, bajo pena de resultar en mera divagación constitucional. La tutela cautelar, así, se revela la más importante de todas por su propia antecedencia lógica cuando una situación de periculación señala para la frustración de la tutela principal en razón de la imposibilidad de prestación de la justicia inmediata.

El proceso cautelar tiene como objetivo primero de asegurar el resultado práctico del proceso principal. Significa decir que consiste en medida autónoma, provisoria y puede ser diferida de infinitas otras maneras, además de aquellas formas especiales capituladas en el Código de Proceso Civil, bajo el abanico de las cautelares innominadas, siempre con vistas a

³⁷² FRIEDE, Reis. **Tutela cautelar e tutela antecipada: distinções fundamentais**. In: *Revista de Direito*, v. 3, nº 5, p. 67-74. Rio de Janeiro, jan./jun. 1999. p. 67.

³⁷³ ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 46.

³⁷⁴ FUX, Luiz. *Op. cit.*, p. 162.

garantizar la eficacia de la sentencia, cuando esta sea dictada³⁷⁵. Este también es el pensamiento de José Frederico Marques³⁷⁶, para quien:

[...] la tutela cautelar es el conjunto de medidas de orden procesal destinadas a garantizar el resultado final del proceso de conocimiento, o del proceso ejecutivo. [...] En el proceso cautelar, se pretende garantizar otro proceso e, indirectamente, la pretensión que de él es objeto. [...]. Necesario es, por lo tanto, que haya probabilidad de existir un derecho amenazado por la dilatio temporis. La pretensión razonable del proceso de conocimiento (que basta, para el autor pedir la sentencia, que sea una pretensión posible), como pretensión probable, habrá de caracterizarse para que sea admisible la tutela cautelar. Cierto es que el proceso cautelar debe garantizar el éxito de otro proceso; mas, para ello, presupuesto necesario es que haya una pretensión probable como objeto de la tutela jurisdiccional en el proceso principal. El proceso cautelar es medio y modo para garantizar, el resultado de otro proceso, por existir el *periculum in mora*. Con eso, está asegurando, también, de modo mediato o indirecto, el éxito de una pretensión probable o [...] el derecho de una de las partes amenazado de lesión grave y de difícil reparación.

Las principales características de la tutela cautelar son: a) es preventivo-garantista y no satisfactoria, pues apenas visa alejar situaciones de peligro y no anticipar el resultado del proceso principal; b) es instrumental, porque no se ata a la declaración de derecho, mucho menos promueve la realización de ese derecho, solamente atiende de modo provisorio y de emergencia en una necesidad de seguridad, cabe decir, sirve a la realización práctica de otro proceso; c) es provisoria, en el sentido de que la situación que la medida cautelar preserva o constituye no reviste carácter definitivo y se destina a durar por un período bien limitado (“la medida cautelar ya surge con la previsión de su fin); d) es accesoría, pues siempre depende de la existencia o probabilidad de un proceso principal; y a pesar de eso es autónoma, pero apenas en el sentido técnico-procesal, cuyos fines son realizados independientemente del proceso principal³⁷⁷.

Las características que se destacan en la tutela cautelar cuando el objetivo es destacarla de la tutela anticipatoria son la accesoriedad (al proceso principal, quedando en la dependencia de su existencia) y la no satisfacción (su objetivo es asegurativo, preventivo, garantista y no satisfactivo). El Supremo Tribunal Federal brasileño ya decidió a respecto, reconociendo la accesoriedad de la tutela cautelar (STJ, Superior Tribunal de Justiça. MC

³⁷⁵ PEÑA, Henrique Tibúrcio. **Tutela antecipada**: questões de aplicabilidade. In: *Jus Navigandi*, Teresina, ano 6, nº 52, nov. 2001. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2351>>. Acesso em: 03 mai. 2013.

³⁷⁶ MARQUES, José Frederico. **Manual de direito processual civil**. Vol., 04. Campinas: Bookseller, 1997. p. 381.

³⁷⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**: processo de execução e processo cautelar. 13. ed., vol. II. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p 359-360.

4.535 / AC (2001/0195256-7). Sexta Turma. Relator Paulo Gallotti. Julgado em 25 de junho de 2002.)

La misma línea interpretativa es seguida por el Superior Tribunal de Justicia brasileño, como se verifica de la siguiente decisión emitida por este órgano del Poder Judicial:

Proceso civil. Medida cautelar. Dependencia. Acessoriedad. Proceso principal. Inexistencia. Imposibilidad. 1. El proceso cautelar mantiene con el principal una relación de acessoriedad, no poseyendo vida propia, dependiendo su existencia de otro proceso a que sirve. 2. No existiendo proceso principales imposible el juzgamiento de la acción cautelar. 3. Medida cautelar improcedente³⁷⁸.

Significa decir, ahora de acuerdo con Henrique Tibúrcio Peña³⁷⁹, que las cautelares no están, necesariamente, vinculadas a lo que será o podrá ser concedido en la sentencia. Este autor aprovecha para recordar que el proceso cautelar sigue en pleno vigor y no fue revocado con el advenimiento del instituto de la tutela anticipada, aunque muchos jueces vengán, sistemáticamente, y de forma equivocada, aplicando la tutela anticipada como si fuese medida cautelar. Y enfatiza: “la tutela anticipada fue instituida por el legislador para sumarse a las demás reglas ínsitas en el Código de Proceso Civil y no hubo necesidad de revocar cualquier otro procedimiento”.

De modo diverso de lo que ocurre en la anticipación de la tutela, en el caso de tutela cautelar son suficientes dos requisitos para su concesión: el *fumus boni iuris* (apariencia del derecho) y el *periculum in mora* (peligro de la demora): “en la contestación de la cautelar, el mérito se debe limitar al mérito cautelar, que en esa medida es el *fumus boni iuris* y el *periculum in mora*, que se sobreponen a las condiciones de la acción”³⁸⁰. En este sentido también ha sido el posicionamiento de los tribunales brasileño, a ejemplo de la siguiente decisión emitida por el Tribunal Regional Federal de la Primera Región (Distrito Federal y Región):

Proceso civil. Acción cautelar. Requisitos: el *fumus boni iuris* y el *periculum in mora*. 1. Es posible la medida cautelar en acción declaratoria. 2. El *fumus boni iuris*: El humo del buen derecho se resume en la plausibilidad de la existencia del derecho invocado por uno de los sujetos de la relación jurídico-material, o sea, en la posibilidad de que la tesis por él defendida venga a ser sufragada por el Judiciario. 3. El *periculum in mora* se revela en la posibilidad de lesión grave al derecho del requirente, verificándose, v.g., cuando la reparación de los daños exige proceso, que,

³⁷⁸ STJ, Superior Tribunal de Justiça. **MC 4.535 / AC (2001/0195256-7)**. Sexta Turma. Relator Paulo Gallotti. Julgado em 25 de junho de 2002. Publicado no DJ de 18 de novembro de 2002, p. 291. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/>>. Acesso em: 21 mai. 2013.

³⁷⁹ PEÑA, Henrique Tibúrcio. *Op. cit.*, p. 01.

³⁸⁰ NERY JUNIOR, Nelson. **Do processo cautelar**. In: *Revista de Processo - REPRO*, vol. 39. São Paulo: RT, jun./set., 1985. p. 189.

como es sabido, es costoso y demorado; cuando hay el riesgo del requirente venir a ser actuado, ejecutado, impedido de contraer préstamos bancarios, de participar de licitación [...] ³⁸¹.

De la misma forma se posicionó el Tribunal de Justicia del Estado de Minas Gerais:

Agravo de Instrumento. Medida Cautelar de Arrolamiento de Bienes. Liminar indeferida. Ausencia de los requisitos *fumus boni iuris* y *periculum in mora* - recurso no proveído. Ausentes en los autos los presupuestos que caracterizan la medida cautelar de arrolamiento, cuáles sean, el fundado recelo de daño de que los bienes sean disipados o extraviados (*periculum in mora*), incabível el diferimiento da liminar ³⁸².

También para José Frederico Marques ³⁸³, en la tutela cautelar se destacan dos presupuestos, cabe decir, a) la probabilidad de éxito de la pretensión y b) el peligro de quedar comprometida, irremediablemente, por la demora procesal (*periculum in mora*). En sus palabras:

Tratándose de garantía al proceso ejecutivo, el primero de los presupuestos es incuestionable, por cuanto existe pretensión procesualmente líquida y cierta. En el caso de haber de garantizar el proceso cautelar, al resultado del proceso de conocimiento no basta una pretensión posible y razonable: se hace necesario el *fumus boni iuris*, a tornar probable el acogimiento de la pretensión. En la conjugación del *fumus boni iuris* con el *periculum in mora* es que reside el presupuesto jurídico del proceso cautelar.

Por lo tanto solamente después de verificada la existencia del *periculum in mora* y del *fumus boni iuris* es que será posible admitir la tutela cautelar. Además, la tutela cautelar produce efectos en la esfera procesal, he aquí que garantiza la efectividad de la demanda principal y, por lo tanto, no podrá ser satisfactiva.

El *periculum in mora* se traduce en el “fundado temor de que, mientras se aguarda la tutela definitiva, vengán a ocurrir hechos que perjudiquen la apreciación de la acción principal”. Es así que el Superior Tribunal de Justicia define el *periculum in mora*:

³⁸¹ TRF1ªR, Tribunal Regional Federal da Primeira Região. Distrito Federal e Região. **Apelação Cível nº 15238 (96.01.15238-5)**. Terceira Turma. Relator Juiz Tourinho Neto. Julgado em 15 de maio de 1996. Publicado no DJ de 31 de maio de 1996, p. 36526. Disponível em: <<http://portal.trf1.jus.br>>. Acesso em: 20 mai. 2013.

³⁸² TJMG, Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. **Agravo de Instrumento nº 0601028-27.2012.8.12.0000**. Terceira Câmara Cível. Relator Fernando Mauro Moreira Marinho. Julgado em 05 de fevereiro de 2013. Publicado no DJ-e de 29 de março de 2013. Disponível em: <<http://www.tjms.jus.br>> Acesso em: 21 mai 2013.

³⁸³ MARQUES, José Frederico. **Manual de direito processual civil: processo de execução e processo cautelar**. 9. ed., vol. III. Campinas. Millennium. 2003. p. 367.

Recurso Especial. Agravio de instrumento. Acción civil pública. Improbidad administrativa. Indisponibilidad de bienes. Lesión al erario público. 1. La medida prevista en el artículo 7º de la Ley nº 8.429 de 02 de junio de 1992 es atinente al poder general de cautela del Juez, previsto en el artículo 798 del Código de Proceso Civil, por lo cual su diferimiento exige la presencia de los requisitos del *fumus boni iuris* y *periculum in mora*. 2. El *periculum in mora* significa el fundado temor de que, mientras se aguarda la tutela definitiva, vengan a ocurrir hechos que perjudiquen la apreciación de la acción principal. La hipótesis de daño debe ser probable, en el sentido de caminar en dirección a la certeza, no bastando eventual posibilidad, asentada en meras conjeturas de la parte interesada. 3. No existiendo hechos positivos que puedan inspirar recelo de perjuicio al erario público ocasionados en virtud de la ejecución de contrato realizado por empresa extranjera (con filial debidamente reglamentada en Brasil) y la Caixa Econômica Federal (CAJA DE AHORRO FEDERAL), la liminar de bloqueo de los bienes de la referida empresa debe ser cazada. 4. Es incabível recurso especial fundado en la alineación “c” del permisivo constitucional cuando no atendidos los requisitos indispensables a la comprobación de la divergencia pretoriana, conforme prescripciones del art. 541, párrafo único, del Código de Proceso Civil, y del artículo 255 del Regimiento Interno del Superior Tribunal de Justicia - RISTJ. 5. Recurso especial conocido parcialmente y proveído³⁸⁴.

Segun Lopes de la Costa³⁸⁵, el daño debe ser probable, no basta la posibilidad y la eventualidad, y pontifica:

[...] el daño debe ser probable y no basta la posibilidad, la eventualidad. Y explica: posible es todo, en la contingencia de las cosas (*sic*) creadas, sujetas a la interferencia de las fuerzas naturales y de la voluntad de los hombres. Es “posible” abarca así hasta mismo lo que rarísimamente ocurre. Dentro de él caben las más abstractas y longinuas hipótesis; La “probabilidad” es lo que, de regla, se consigue alcanzar en la previsión. Ya no es un estado de consciencia, vago, indeciso, entre afirmar y negar, indiferente. Ya camina en la dirección de la certeza. Ya para ella propende, apoyado en las reglas de la experiencia común o de la experiencia técnica (Grifos do original).

En suma, no se puede proteger mediante cautela cualquier interés, sino solo un daño en potencial, un riesgo objetivamente averiguado que de hecho el proceso principal corre de resultar inútil al interés demostrado por la parte, en razón del peligro de la demora. El peligro del daño se refiere al interés procesal en la obtención de la justa composición del conflicto, sea en beneficio de una el de otra parte, resultado que no puede ser alcanzado si el daño temido venir a realizarse³⁸⁶.

Ya el *fumus boni iuris* significa la plausibilidad de un derecho material, invocado por quien pretenda garantía. Representa la posibilidad y verosimilitud del derecho demandado, siendo suficiente, para tanto, apenas la existencia del derecho. La expresión *fumus boni iuris*

³⁸⁴ STJ, Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 821720 / DF**. Segunda Turma. Relator João Otávio de Noronha. Publicado no DJU de 30 de novembro de 2007, p. 423. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 02 mai. 2013.

³⁸⁵ Lopes da Costa *apud* THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Processo cautelar**. 17. ed. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 1998. p. 77.

³⁸⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. 1995. *Op. cit.*, p. 366-367.

significa apariencia de buen derecho, y es correlacionada “a las expresiones cognición sumaria, no despejada totalmente, incompleta, superficial el perfunctoria. Quien decide con base en *fumus* no tiene conocimiento pleno y total de los hechos y, por lo tanto, aún no tiene certeza cuanto a cual sea el derecho aplicable”³⁸⁷.

En la doctrina de Humberto Theodoro Júnior³⁸⁸:

No se puede, bien se ve, tutelar cualquier interés, más tan solamente aquellos que, por la apariencia, se muestran plausibles de tutela en el proceso principal. Así, si de la propia narración del requirente de la acción cautelar, o de la flagrante deficiencia del título jurídico en que se apoya su pretensión de mérito, se concluye que no hay posibilidad de éxito para ella en la composición definitiva de la lid, caso no le es de otorgar la protección cautelar.

En lo general la ausencia del *fumus boni iuris* sólo puede ser invocada cuando, por la apariencia externa de la pretensión sustancial, se perciba total carencia de acción o inevitable rechazo del pedido, por el mérito, o sea, en el caso de inepticia del inicial del proceso principal. Fuera de ese caso siempre existe algún vestigio del buen derecho que, al principio, merece la garantía de la tutela cautelar³⁸⁹.

La tutela cautelar se diferencia de las demás básicamente por representar una prestación jurisdiccional de cuño procesal, visando resguardar la tutela jurisdiccional cuya titularidad pertenece al Estado³⁹⁰.

Observo que el estudio de los requisitos para concesión de la tutela cautelar, se verifica su carácter de accesoriedad sin cuño satisfactivo, definido como un instrumento procesal de garantía y protección. Además de eso, mientras “procedimiento cautelar”, es una acción autónoma, mas completamente accesoría y dependiente del proceso principal, he aquí que, en los términos del artículo 796 del Código de Proceso Civil, “el procedimiento cautelar puede ser instaurado antes o en el curso del proceso principal y de este es siempre dependiente”.

3.1.3.2 Diferencias entre tutela anticipada y tutela cautelar

Son muchas las características y peculiaridades intrínsecas que individualizan y singularizan la tutela anticipatoria y la tutela cautelar. Sobre las principales diferencias,

³⁸⁷ WAMBIER, Luiz Rodrigues (Coord.). **Teoria geral do processo cautelar**. 2. ed. vol 3. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1999. p. 28.

³⁸⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. 1995. *Op. cit.*, p. 367.

³⁸⁹ *Idem, ibidem*, p. 367.

³⁹⁰ FUX, Luiz. *Op. cit.*, p. 165.

Antonio Cláudio de la Costa Machado³⁹¹ adopta la tesis de que “la tutela anticipada constituye una forma de tutela cautelar, por requerir la presencia del requisito *periculum in mora*, caracterizador de las cautelares”. De ese modo, explica que las diferencias entre tutela anticipada y tutela cautelar son mitigadas, y, por consiguiente, “eventuales confusiones son vistas con menos rigor”.

Otro, con todo, es el entendimiento presentado por Teori Albino Zavascki³⁹². al afirmar objetivamente que “cautelar es garantía, anticipación es satisfacción” y continua esclareciendo que:

[...] a pesar de sus características comunes y de su identidad cuanto a la función constitucional que ejercen, las medidas cautelares y las anticipatorias son técnicamente distintas, siendo que la identificación de sus trazos distintivos gana relevo en carácter de la autonomía de régimen procesual y procedimental que les fue atribuida por el legislador.

Esa distinción cuanto a la naturaleza jurídica es destacada también por Luiz Guilherme Marinoni³⁹³ al disponer que la finalidad de la tutela cautelar no es realizar el derecho del proceso principal, sino garantizar la viabilidad de la realización de ese derecho. En sus palabras:

La tutela que satisface un derecho, aunque fundada en juicio de apariencia, es satisfactiva sumaria. La pretensión jurisdiccional satisfactiva sumaria, pues, nada hay que ver con la tutela cautelar. La tutela que satisface, por estar además del asegurar, realiza misión que es completamente distinta de la cautelar. En la tutela cautelar hay siempre referibilidad a un derecho acautelado. El derecho referido es que es protegido (asegurado) cautelarmente. Si no existe referibilidad, o referencia a derecho, no hay derecho acautelado.

La tutela anticipatoria, a su turno, “no tiene por fin asegurar el resultado útil del proceso, ya que el único resultado útil que se espera del proceso ocurre exactamente en el momento en que la tutela anticipatoria es prestada”. Mismo que “la tutela anticipatoria siempre fue prestada bajo la manta de la tutela cautelar [...] es, en verdad, una especie de tutela jurisdiccional diferenciada”³⁹⁴.

³⁹¹ Antônio Cláudio da Costa Machado defende a cautelaridade da antecipação da tutela, notadamente na hipótese versada no artigo 273, inciso I, do Código de Processo Civil, considerada a presença do requisito *periculum in mora*, caracterizador das cautelares (MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. **Tutela antecipada**. 2. ed., São Paulo: Ed. Oliveira Mendes, 1998. p. 55-56).

³⁹² ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 46.

³⁹³ MARINONI, Luiz Guilherme. 2006. *Op. cit.*, p. 85.

³⁹⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. 2006. *Op. cit.*, p. 85.

Para el jurista Cândido Rangel Dinamarco³⁹⁵ la tutela anticipatoria consiste en:

[...] oferecer rapidamente a quien vino al proceso pedir determinada solución para situación que describe, precisamente aquella solución que él vino al proceso pedir. No se tratar de obtener medida que impida el perecimiento del derecho, o que se asegure al titular la posibilidad de ejercerlo en el futuro. La medida anticipatoria Le concederá el ejercicio del propio derecho firmado por el autor.

Nelson Nery Júnior³⁹⁶ traza los contornos de las diferencias entre tutela anticipatoria y tutela cautelar aduciendo que si una medida fuera satisfactiva obligatoriamente no será cautelar:

[...] es providencia que hay naturaleza jurídica de ejecución *lato sensu*, con el objetivo de entregar al autor, total o parcialmente, la propia pretensión deducida en juicio o sus efectos. Es tutela satisfactiva en el plano de los hechos, ya que realiza el Derecho, dando al requirente el bien de la vida por él pretendido con la acción de conocimiento. Con la institución de la tutela anticipatoria de los efectos de la sentencia de mérito en el Derecho brasileño, de forma amplia, no hay más razón para que sea utilizado el expediente de las impropiedades denominadas “cautelares satisfactivas”, que constituyen una *contradictio in terminis*, pues las cautelares no satisfacen: si la medida es satisfactiva es porque, *ipso facto*, no es cautelar.

Prosigue mencionando que la anticipación del efectos de la sentencia de mérito no es tutela cautela, pues “no se limita a asegurar la viabilidad de la realización del derecho afirmado por el actor, mas tiene por objetivo conceder, de forma anticipada, el propio proveimiento jurisdiccional pleiteado ol sus efectos”. Así, mismo que fundada en la urgencia, en la forma del inciso I, del artículo 273, del Código de Proceso Civil³⁹⁷, “no tiene naturaleza cautelar”³⁹⁸ ya que:

[...] su finalidad precisa es adelantar los efectos de la tutela de mérito, de suerte a propiciar su inmediata ejecución, objetivo que no se confunde con el de la medida cautelar (asegurar el resultado útil del proceso de conocimiento o de ejecución o aún, la viabilidad del derecho afirmado por el autor)³⁹⁹.

³⁹⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A reforma do código de processo civil**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 139.

³⁹⁶ NERY JÚNIOR, Nelson. **Atualidades sobre o Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 52.

³⁹⁷ “Artigo 273: o juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e: I - haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; [...] (Código de Processo Civil).

³⁹⁸ NERY JÚNIOR, Nelson. 1995. *Op. cit.*, p. 52.

³⁹⁹ *Idem, ibidem*, p. 52.

Para Enrique M. Falcón⁴⁰⁰, la real diferencia entre las medidas cautelares y los sistemas cautelares de anticipación de la tutela se encuentra en el efecto de la medida sobre la pretensión y eso es no con independencia de que la cautela coincida con la pretensión.

De cualquier modo, hay que reconocerse en la tutela anticipada una forma diferenciada de prestación de tutela jurisdiccional, por medio de la cual es posible obtener una tutela satisfactiva con celeridad, en la capacidad del proceso de conocimiento, con base en el juicio de probabilidad⁴⁰¹.

Rebatiendo eventuales críticas, Humberto Theodoro Júnior⁴⁰² destaca que la anticipación de la tutela no fue instituida en el objetivo de “perjudicar el vaciar el proceso cautelar, mas para mejorar el sistema preventivo”, de suerte que no se debe crear un abismo entre los dos, “bajo pena de debilitar los instrumentos destinados a la efectividad de la justicia”.

Los tribunales brasileños también hacen distinciones entre tutela cautelar y anticipación de tutela cuando del juicio de esas tutelas de urgencia.

El Tribunal de Justicia del Estado de Rio de Janeiro así distinguió tutela anticipada de tutela cautelar:

Agravo de instrumento. Tutela anticipada no se confunde con medida liminar, eis que en esta la providencia se destina a asegurar la eficacia práctica de la decisión judicial posterior, mientras que en aquella existe el adelantamiento del propio pedido de la acción. Proveimiento del recurso, para cazar la decisión recorrida que, rotulada de tutela anticipada, concedió medida cautelar, incabível en acción ordinaria. Proveimiento del agravo⁴⁰³.

También para el Tribunal de Justicia del Estado de Santa Catarina no se confunde tutela anticipada y medidas cautelares:

Procesual. Tutela anticipada. Falta de presupuestos. Indeferimiento. Recurso desproveído. No se confunden medida cautelar y tutela anticipada. en la primera bastan humos de buen derecho y peligro de daño. En la segunda, se exige que la Tutela corresponda al dispositivo de la sentencia; haya prueba inequívoca, capaz de convencer el juez del vero semejanza de las alegaciones; fundado recelo de daño

⁴⁰⁰ FALCÓN, Enrique M. **Tratado de direito processual civil y comercial: sistemas cautelares (medidas cautelares: tutela anticipada)**. Tomo IV. Buenos Aires / Santa Fé: Rubinzal / Culzoni Editores, 2006. p. 810; 823.

⁴⁰¹ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Op. cit.*, p. 89.

⁴⁰² THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Tutela antecipada: aspectos polêmicos da tutela antecipada**. Coordenação de Teresa Arruda Alvim Wambier, p. 181-203. São Paulo: RT, 1997. p. 200-201.

⁴⁰³ TJRJ, Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. **Ag. nº 4.266/1996**. Quinta Câmara Cível. Relator Miguel Pachá. Julgado em 10 de dezembro de 1996. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br>>. Acesso em: 21 mai. 2013.

irreparable o de difícil reparación o el abuso de derecho de defensa o manifiesto propósito protelatorio del reo. Todo eso mediante cognición provisoria, con audiencia del demandado, que sólo puede ser dispensada en casos excepcionales⁴⁰⁴.

Se verifica, por lo tanto, que tutela cautelar y tutela anticipada son de los institutos jurídicos diferentes, aunque sean medidas de urgencia que visan garantizar la efectividad de la prestación jurisdiccional. La tutela anticipatoria es más desburocratizada que la tutela cautelar, porque es demandable por medio de una petición simple en la propia acción de conocimiento, con todo requisitos que precisan ser atendidos por las partes son en mayor número y bien más rígidos de lo que se exige en el caso de medidas cautelares. Además, el juez, para conceder la tutela cautelar, debe atenerse al presupuesto del *fumus boni iuris*, mientras la tutela anticipada precisa de la existencia de prueba inequívoca. Este estudio versa específicamente sobre la tutela anticipatoria, comprendida como aquella que produce como efecto adelantar de forma total o parcial el objeto de la pretensión ante los dictámenes de la resolución final.

3.2 TUTELA JURISDICCIONAL EFECTIVA Y GARANTÍAS FUNDAMENTALES

Después de un largo transcurso histórico de transformaciones políticas, económicas y sociales, de la declaración internacional de derechos humanos y del reconocimiento de esos derechos por los textos constitucionales, transformándolos en derechos fundamentales, de grande desafío de hoy es dar efectividad, en concreto, a los derechos y garantías resguardados por las Constituciones.

Para tanto, pasó a exigirse del Estado, antes simple administrador pasivo y inerte, una postura activa de “controlador y garante de la operatividad efectiva de los derechos impresos en la Carta Fundamental, y en particular de los nuevos derechos sociales”⁴⁰⁵.

De hecho, los derechos plasmados en los textos constitucionales, de meras garantías jurídico-formales, pasaron a figurar como derechos plenos y operativos, que exigen efectiva realización material, siendo que su violación el falta de realización impone directamente al

⁴⁰⁴ TJSC, Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. **Agravo de Instrumento nº 1996.001452-7**. Primeira Câmara de Direito Comercial. Relator Amaral e Silva. Julgado em 17 de setembro de 1996. Disponível em: <<http://www.tj.sc.gov.br/>>. Acesso em: 21 mai. 2013.

⁴⁰⁵ BERIZONCE, Roberto Omar. **Efectivo acceso a la justicia**: propuesta de un modelo para el Estado Social de Derecho. Prólogo de Mauro Cappelletti. La Plata: Librería Editora Platense S.R.L., 1987. p. 05.

Estado un deber de aseguramiento positivo, una acción direccionada a vencer los obstáculos del camino hasta su concretización. En las palabras de Roberto Omar Berizonce⁴⁰⁶:

La superación del tradicional esquema de las libertades abstractas y retóricas encuentra explicación ni sólo fáctica, por la presión de las circunstancias y las exigencias de quienes han debido seguir soportando las desigualdades concretas, sino también teórica.

José Roberto de los Santos Bedaque⁴⁰⁷ recuerda que la gran preocupación de la ciencia procesal moderna está relacionada con la eficiencia de la justicia, que se traduce:

[...] en la busca de mecanismos para alcanzar la efectividad de la tutela jurisdiccional. En la medida en que cabe al derecho procesal a sistematización del método estatal de solución de controversias, deben los estudiosos de esa ciencia volver su atención para la creación de medios aptos a la obtención del resultado deseado.

En la realidad contemporánea cada vez más compleja, la defensa judicial de los derechos asume significado importante pues su consagración exige el libre y ilimitado acceso a la tutela jurisdiccional efectiva. El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, que debe ser garantida a todas las personas, indistintamente⁴⁰⁸ comprende, como mínimo:

a) libertad de acceso a la justicia y la utilización razonable de las formas procesales adecuadas a los fines a que hay de servir;

b) derecho a la igualdad en el proceso y ante a la justicia: principio de la no-discriminación:

La defensa judicial de los derechos asume una significación superlativa, porque su consagración exige el libre e irrestricto acceso a la jurisdicción. De ahí que las garantías de igualdad procesal, gocen de jerarquía constitucional y que la cuestión de igualdad ante la ley se traduzca ahora en el tema de la igualdad ante la justicia⁴⁰⁹.

c) el derecho del contradictorio y mapa defensa;

d) el derecho a la garantía de la presunción de inocencia;

⁴⁰⁶ *Idem, ibidem*, p. 07.

⁴⁰⁷ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 17-19.

⁴⁰⁸ "La defensa judicial dos direitos asume una significación superlativa, porque su consagración exige el libre e irrestricto acceso à jurisdicción. De ahí que las garantías de igualdad procesal, gocen de jerarquía constitucional y que la cuestión de igualdad ante la ley se traduzca ahora en el tema de la igualdad ante la justicia" (BERIZONCE, Roberto O. *Op. cit.*, p. 07).

⁴⁰⁹ BERIZONCE, Roberto Omar. 1987. *Op. cit.*, p. 07.

- e) la obtención de una sentencia de fondo, motivada y fundamentada, dictada en un tiempo justo, además del acierto de esta decisión;
- f) que la sentencia atienda y resuelva todas las cuestiones suscitadas por las partes;
- g) que dicha sentencia se cumpla, o sea, que atienda su ejecutoriedad efectiva;
- h) prohibición de doble enjuiciamiento por el mismo hecho (*non bis in ídem*);
- i) derecho de recorrer a las instancias superiores; y
- i) la publicidad del proceso.

No se puede olvidar que la busca por la efectividad e instrumentación del proceso se convirtió de extrema importancia modernamente, siendo tenida como “fin” de los sistemas procesales. Conforme Teresa Arruda Alvim Wambier⁴¹⁰:

Es por eso mismo relevante tenerse presente que los sistemas jurídicos, porque presididos por la idea de unidad, son marcados por valores, ideas, o, tal vez, más precisamente, ideas, que los animen. Con esos valores o ideas se pretende definir sumaria y totalmente el sistema. Significan respuestas de esperanza a los reclamantes, con lo que se mueven los juristas y se movilizan los legisladores, con vistas al atendimento de tales ideas [...]. El proceso contemporáneo tiene, por eso mismo, las marcas-valores, indicativas de los vectores y de los caminos ambicionados, hablándose en instrumentalización y efectividad, hasta mismo sugiriendo la idea de que esos valores han de abarcar y subordinar el sistema en la totalidad de su funcionamiento y finalidad. Esa mutación de los institutos por la falencia de su operatividad, viene a ocurrir cuando no más se satisfacen las expectativas sociales.

Se hace destacar también que, la expresión tutela anticipada tiene un concepto genérico, abordado de distintas estructuras procesales que convergen en un fin común: otorgar a quienes recurren antes los tribunales aquello que se pretende de manera rápida, para que sea útil.

Se caracterizan por tener incorporados fuertemente en sus distintas figuras los principios de celeridad procesal, economía procesal y postergación o disminución del principio de contradicción. Razón por la cual en todos ellos se encuentran reducciones de plazos, eliminación de excepciones, concentración de actos procesales, preponderancia de la dirección y participación del juez, dictado de medidas *inaudita altera parte*, participación restringida o postergada de la contraria, entre otros.

⁴¹⁰ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Anotações sobre alguns aspectos das modificações sofridas pelo processo hodierno entre nós.** In: *Revista de Processo*, nº 97. p. 51-106. São Paulo: RT, jan./mar., 2000. p. 63.

Jorge W. Peyrano⁴¹¹, unos de los primeros juristas argentinos a ofrecer una obra dedicada entera y exclusivamente a los principios procesales (“*principios generales del proceso civil*” y considera que se trata de la *decantación de un ordenamiento procesal dado*”), llegó a expresar que “si desean procesos eficaces, necesariamente se deben correr riesgos”. Desde este punto de vista funcional o fisiológico, es que el autor en su dinamización en el mundo jurídico, define a la tutela anticipada como la anticipación total o parcial de los efectos de la eventual sentencia de mérito.

La independencia y la imparcialidad de los jueces son nociones nítidamente atadas a cuestiones que hacen la legitimidad social de los gobiernos democráticos esenciales en términos de respeto al debido proceso. La posterior sentencia podrá coincidir en caso de ratificación de la tutela al admitirse la demanda el, por el contrario, ordenar devolver al demandado lo que hubiera entregado al actor, de ser rechazada.

Con la constitucionalización de los derechos⁴¹² tomó cuerpo el movimiento de constitucionalización del proceso civil, y ciertas garantías procesales, como el derecho de acceso a la justicia y el derecho al debido proceso legal reciba *status* de derechos fundamentales, y pasó a representar valores entallados por el Legislador Constituyente originario⁴¹³.

Se recuerde que el marco histórico de la constitucionalización de los derechos, en Europa continental, fue el constitucionalismo del pos guerra, especialmente en Alemania y en Italia. En Brasil, fue la Constitución Federal de 1988 y el proceso de redemocratización que ayudó a protagonizar⁴¹⁴.

⁴¹¹ PEYRANO, Jorge W. **El proceso civil: principios y fundamentos**. Buenos Aires: Astrea, 1978. p. 31.

⁴¹² “[...] a Constituição passa a ser não apenas um sistema em si - com a sua ordem, unidade e harmonia - mas também um modo de olhar e interpretar todos os demais ramos do Direito. Este fenômeno, identificado por alguns autores como filtragem constitucional, consiste em que toda a ordem jurídica deve ser lida e apreendida sob a lente da Constituição, de modo a realizar os valores nela consagrados. Como antes já assinalado, a constitucionalização do direito infraconstitucional não tem como sua principal marca a inclusão na Lei Maior de normas próprias de outros domínios, mas, sobretudo, a reinterpretação de seus institutos sob uma ótica constitucional (

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil**. Este trabalho foi escrito, em sua maior parte, durante minha estada na Universidade de San Francisco - USFCA. Sou grato a Jack Garvey pelo convite e por ter tornado a vida mais fácil durante minha estada por lá. Sou igualmente grato a Nelson Diz, Ana Paula de Barcellos e Cláudio Pereira de Souza Neto por haverem lido os originais e formulado críticas e sugestões valiosas, bem como a Eduardo Mendonça, Teresa Melo e Danielle Lins pela ajuda inestimável na pesquisa e na revisão do texto. Elaborado em 2005. Disponível em: <<http://www.georgemlima.xpg.com.br/barroso.pdf>>. Acesso em: 24 mai. 2013. p. 26).

⁴¹³ GONZAGA, Márcio de Borba. **O acesso à efetiva tutela jurisdicional como um direito fundamental do jurisdicionado**. In: *Revista do Curso de Direito da Faculdade da Serra Gaúcha*, ano 02, nº 04, p. 105-118. Caxias do Sul: FSG, jul./dez. 2008. p. 105-106.

⁴¹⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Op. cit.*, p. 03.

En el orden jurídico brasileña, el derecho de acceso a la justicia está previsto en el XXXV, del artículo 5º, de la Constitución Federal Brasileña de 1988, y el derecho al debido proceso legal en el inciso LIV del mismo artículo 5º, a saber:

Artículos 5º: todos son iguales mediante la ley, sin distinción de cualquier naturaleza, garantiéndose a los brasileños y a los extranjeros residentes en el País la inviolabilidad del derecho a la vida, a la libertad, a la igualdad, a la seguridad y a la propiedad, en los términos siguientes: [...]; XXXV – la ley no excluirá de la apreciación del Poder Judicial lesión o amenaza a derecho; [...]; LIV - nadie será privado de la libertad o de sus bienes sin el debido proceso legal; [...] (Constitución Federal de 1988).

En el sistema normativo argentino la tutela jurisdiccional efectiva está asegurada por medio de los principios constitucionales de acceso efectivo a la justicia, del debido proceso y de la igualdad delante de la ley, en la forma de los artículos 16 y 18 de la Constitución de la Nación de 1994:

Artículo 16: la Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento: no hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza. Todos sus habitantes son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad. La igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas. [...]. Artículo 18: ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa. Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo; ni arrestado sino en virtud de orden escrito de autoridad competente. Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos. El domicilio es inviolable, como también la correspondencia epistolar y los papeles privados; y una ley determinará en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación. Quedan abolidos para siempre la pena de muerte por causas políticas, toda especie de tormento y los azotes. Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquélla exija, hará responsable al juez que la autorice (Constitución de la Nación de 1994).

No solamente en Brasil y en Argentina, mas en la doctrina procesal contemporánea actual la concepción de acceso a la efectiva tutela jurisdiccional como un derecho fundamental viene asumiendo plena fuerza, “rescatando concepciones teóricas para la formulación de una teoría del proceso civil capaz de contemplar las expectativas de la nueva realidad social, marcada por el dinamismo de la modernidad contemporánea”⁴¹⁵.

La constitucionalización del acceso a la justicia como derecho fundamental hizo emerger el debate entorno de la eficacia social del proceso en la cualidad de la entrega de la prestación jurisdiccional a la sociedad. Esa nueva consciencia de los estudiosos del asunto y

⁴¹⁵ GONZAGA, Márcio de Borba. Op. cit., p. 06.

de la población en general hizo con que el legislador ordinario comenzase a introducir valores sociales en el proceso civil, en el sentido de transformarlo en un instrumento de justicia social que fuese capaz de realizar el derecho material en el mundo de los hechos.

El concepto de acceso a la justicia tuvo que sufrir cambios profundos para acompañar la evolución de los derechos humanos, en la medida en que la fase de la declaración de los derechos⁴¹⁶ ya fue concluida y ahora es necesario buscar formas y mecanismos de efectividad de esos derechos. El justiciable no busca solo la declaración de su pretense derecho, sino su plena realización.

Los primeros esfuerzos en el sentido de la efectivizar el acceso a la justicia se dieron con la preocupación del Estado en facilitar el acceso de las personas económicamente menos favorecidas a los servicios jurídicos por medio de la gratuidad de la asistencia judicial.

El paso siguiente, después de la asistencia judicial integral y gratuita, que se extendió para ampliar la tutela de los derechos en general y no solo de los derechos de familia o de los casos de defensa criminal como en el pasado, fue rever el propio concepto de “justicia”.

Actualmente, el debate sobre cuáles derechos deberían o no ser socorridos por la asistencia jurídica gratuita, las tención se volvió a la eficacia, a la efectividad y a la adecuabilidad de la prestación jurisdiccional. De hecho, para asegurar el acceso a la justicia no es suficiente permitir y facilitar al justiciable que formule una petición sobre su pretense derecho al órgano del Poder Judicial competente y que el Estado le entregue la declaración del derecho. La pretensión jurisdiccional tiene que ser de cualidad, cabe decir, efectiva cuando a la justicia en la decisión y adecuada en relación al tiempo de duración del proceso y sus procedimientos.

Al analizar la protección jurídica por el acceso al derecho, Jorge Miranda⁴¹⁷ destaca que “la primera forma de defensa de los derechos es la que consiste en su conocimiento”. De hecho, apenas que tiene consciencia de sus derechos consigue desfrutar los bienes a que corresponden y evaluar las desventajas y perjuicio que sufre cuando sus derechos son violados

⁴¹⁶ “La tutela declaratoria, al regular apenas formalmente una relación jurídica formada a partir de la autonomía de las voluntades, y por lo tanto no permitiendo que la fuerza del Estado incidiera sobre las relaciones privadas, tal vez fue la tutela jurisdiccional más coherente con los valores del Estado liberal. Sin embargo, al lado de aquella, no podía dejar de existir la tutela pelo equivalente pecuniario, ya que el Estado no podía dejar de dar protección a quien había sufrido un daño o tenía un derecho de crédito incumplido, lo que evidencia, por lo tanto, que su deber de protección estaba dirigido à tutela dos direitos que podían ser transformados en dinero” (MARINONI, Luiz Guilherme. **Direito fundamental à tutela judicial efectiva**. In: *Academia.edu*. Disponível em: <http://www.academia.edu/1595825/DIREITO_FUNDAMENTAL_A_LA_TUTELA_JUDICIAL_EFECTIVA>. Acesso em: 23 mai. 2013. p. 02).

⁴¹⁷ MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**: direitos fundamentais. 3. ed., rev. e atual., tomo III. Lisboa: Coimbra Editora, 2000. p. 254.

o restringidos o no los puede ejercer o efectuar⁴¹⁸. Por eso, aún de acuerdo con el pensamiento de Jorge Miranda⁴¹⁹:

Las normas atinentes al acceso al derecho y a la información y a la consulta jurídicas deben reputarse normas preceptivas, inmediatamente evocables. Cualquier ciudadano puede pretender conocer sus derechos, sean estos cuáles fueran, en cualesquier situaciones de la vida en que se encuentre, sin necesidad de intervención concretizada del legislador (*interpositio legislatoris*).

Los propios textos jurídicos deben ser escritos por especialistas para ser comprendidos por el pueblo, independientemente del grado de escolaridad. Ciertamente no son los textos normativos, las peticiones y las sentencias espacios apropiados para el legislador y los operadores del derecho demostrar erudición o exquisitez lingüística. Además, la claridad y la simplicidad en la construcción de textos son sinónimas de alto nivel de formación e información académica y profesional.

Sumado a echo, “el eficaz funcionamiento y el constante mejoramiento de la tutela jurisdiccional de los derechos de las personas son señales de civilización jurídica”. Los derechos fundamentales sólo valdrán enteramente como derechos se reciben la efectiva protección jurisdiccional⁴²⁰. Es por eso que el Estado contemporáneo ha determinado “la urgencia de crear instrumentos necesarios para lograr su actuación efectiva por todos los justiciables”. De ese modo, de mero derecho formal el acceso a la justicia fue transformado en una facultad con contenido material que permite su ejercicio de modo eficaz⁴²¹. En ese escenario el derecho al libre acceso a la justicia se encuadra dentro de los derechos

⁴¹⁸ A própria Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão escrita durante a Revolução Francesa de 1789, já proclamava em seu preâmbulo que “a ignorância, o esquecimento ou o desprezo dos direitos do homem são as únicas causas das desgraças públicas e da corrupção dos governos”, in verbis: “os representantes do povo francês, constituídos em Assembleia Nacional, considerando que a ignorância, o esquecimento ou o desprezo dos direitos do homem são as únicas causas das desgraças públicas e da corrupção dos Governos, resolveram expor em declaração solene os Direitos naturais, inalienáveis e sagrados do Homem, a fim de que esta declaração, constantemente presente em todos os membros do corpo social, lhes lembre sem cessar os seus direitos e os seus deveres; a fim de que os atos do Poder legislativo e do Poder executivo, a instituição política, sejam por isso mais respeitados; a fim de que as reclamações dos cidadãos, doravante fundadas em princípios simples e incontestáveis, se dirijam sempre à conservação da Constituição e à felicidade geral” (DIREITO INTERNACIONAL. **Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789**. Revolução Francesa, 26 de agosto de 1789. Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.gov.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_homem_cidadao.pdf>. Acesso em: 25 mai. 2013).

⁴¹⁹ MIRANDA, Jorge. *Op. cit.*, p. 254.

⁴²⁰ *Idem, ibidem*, p. 256-157.

⁴²¹ BERIZONCE, Roberto O. *Op. cit.*, p. 09-10.

fundamentales⁴²² y se traduce en la primera consecuencia del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva.

Con efecto, la obtención del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y de cualidad sólo es posible si el judiciable tiene acceso al Poder Judicial, cabe decir, el acceso a la justicia es requisito fundamental inseparable al ejercicio del derecho a la prestación jurisdiccional que, por su vez, precisa ser efectiva.

En Brasil el principio del amplio acceso al Poder Judicial hizo parte por primera vez de un texto constitucional en la Constitución Federal de 1946⁴²³, cuyo párrafo 4º, del artículo 141, incorporado en el capítulo II, que disciplinaba los derechos y las garantías individuales, disponía que “la ley no podrá excluir de la apreciación del Poder Judicial cualquier lesión de derecho individual”. En la interpretación de André Ramos Tavares⁴²⁴, el principio inherente a ese dispositivo constitucional es el principio de acceso a la justicia que, en su entender:

[...] es uno de los pilares sobre lo cual se irgue el Estado de Derecho, pues de nada adelantarían leyes regularmente votadas por los representantes populares si, en su aplicación, ella no fuesen respetadas, sin que cualquier órgano estuviese legitimado a ejercer el control de su observancia. El propio principio de la legalidad, por lo tanto [...] requiere que haya la apreciación de lesión o amenaza a derecho por el órgano competente. Así, dentro de la idea clásica de la tripartición de funciones estatales, incumbe al Poder Judiciario el papel de manifestarse, como última instancia, sobre lesiones o amenazas de lesiones a derecho. El principio en cuestión significa que toda controversia sobre derecho, incluyendo la amenaza de lesión, no puede ser sustraída de la apreciación del Poder Judiciario.

En este camino, después de un largo período de retrocesos en las Constituciones posteriores cuanto a la tutela de los derechos de los ciudadanos brasileños en razón del régimen de gobierno dictatorial implantado por los militares, surge la Constitución Federal de 1988 que, en la estera de la concretización de la constitucionalización de los derechos de la época, instituye el Estado Democrático de Derecho destinado a asegurar el ejercicio de los derechos sociales e individuales, de entre ellos el derecho al acceso a la justicia, en el designio de impedir arbitrariedades y ofensas a la garantía del derecho de acceso a la justicia, por la

⁴²² Os direitos fundamentais são os direitos humanos consagrados em determinado texto constitucional.

⁴²³ BRASIL, Constituição (1946). **Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1946.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao46.htm>. Acesso em: 20 mai. 2013.

⁴²⁴ TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional.** 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 637-638.

consagración del denominado principio de la no separación del control jurisdiccional expresión en el inciso XXV, del artículo 5º, de la Constitución Federal de 1988 (“XXXV – la ley no excluirá de la apreciación del Poder Judicial lesión el amenaza a derecho”).

En referencias al principio constitucional de la no separación del control jurisdiccional, Márcio de Borba Gonzaga⁴²⁵:

[...] la referida norma se consubstanció en un verdadero pórtico constitucional del proceso. Mucho más de que asegurar la mera formulación de pedido al Poder judicial, la Constitución Federal de 1988 pasó a garantizar - garantía implica protección, o sea, predisposición de medios para asegurarla en concreto - a todos el efectivo acceso a el orden jurídico justa.

El Legislador Constituyente de 1988 avanzó aún más cuando incluyó en este dispositivo constitucional (inciso XXXV, in fine, del artículo 5º) la palabra “amenaza”, o sea, la “tutela jurisdiccional de la amenaza”, que no existía en el orden jurídico anterior, cuyo efecto fue la constitucionalización de la tutela preventiva, dando legitimidad a las tutelas anticipatorias y cautelares. De ese modo, “el derecho de acceso a la efectiva tutela jurisdiccional pasó a pertenecer a todos cuantos aleguen haber sido lesionados en sus derechos el que estén en vía de eso”.

Para finalizar ese proceso de construcción del derecho de acceso a la tutela jurisdiccional efectiva y de cualidad, fue editada la Enmienda Constitucional nº 45, de 30 de diciembre de 2005 que, visando una reforma substancial del Poder Judicial, de entre las innovaciones, acrecentó al derecho de acceso a la Justicia la garantía fundamental de la “razonable duración del proceso”, incluyendo un nuevo inciso al artículo 5º de la Constitución Federal de 1988, con la siguiente redacción: “LXXVIII: a todos, en el ámbito judicial y administrativo, son asegurados la razonable duración del proceso y los medios que garanticen la celeridad de su tramitación”.

La inclusión de ese inciso en el rol de los derechos fundamentales explicita el momento histórico vivido por el Poder Judicial especialmente brasileño y claro el argentino, donde hay el reconocimiento de la latente necesidad de que el proceso sea instrumento de entrega de la efectiva tutela jurisdiccional.

En la Argentina, el acceso a la justicia, derecho reconocido constitucionalmente, se encuentra en el centro del debate, expresamente reconocido en el artículo 15 de la

⁴²⁵ GONZAGA, Márcio de Borba. *Op. cit.*, p. 110.

Constitución de la Provincia de Buenos Aires, que expresa, *in verbis*:

Artículo 15: La Provincia asegura la tutela judicial continua y efectiva, el acceso irrestricto a la justicia, la gratuidad de los trámites y la asistencia letrada a quienes carezcan de recursos suficientes y la inviolabilidad de la defensa de la persona y de los derechos en todo procedimiento administrativo y judicial. Las causas deberán decidirse en tiempo razonable. El retardo en dictar sentencia y las dilaciones indebidas cuando sean reiteradas, constituyen falta grave⁴²⁶.

Las nociones: debido proceso legal, defensa en juicio, proceso justo, pueden ser catalogadas como representativas de finalidades procesales el de valores esenciales de un alto grado de consenso social. Los textos constitucionales y convencionales consagran los objetivos básicos que debe plasmar la normativa procesal. El modelo de “proceso justo” es producto de una larga discusión y elaboración, aun en evolución, “nutrida en la doctrina autoral y los avances jurisprudenciales, a partir de las declaraciones estampadas en la letra de las constituciones y pactos internacionales”⁴²⁷. El esquema de referencia del proceso justo “se enuncia en fórmulas sintéticas abarcativas - debido proceso legal, *due process of law*, *giusto proceso* - cuyo contenido es dinámico, cambiante, siempre abierto a nuevos o renovados alcances”⁴²⁸.

Es posible afirmar la anticipación de tutela, es uno de los instrumentos capaz de garantizar expresamente el acceso a la justicia, siendo, por lo tanto, un medio de garantizar la instrumentalización del proceso.

Solamente de esa forma es que se estaría garantizando el derecho de acción y el efectivo acceso a la justicia, no habiendo que hablarse que cuando fuera concedida la anticipación de tutela habrá violación a los principios procesales constitucionales, hasta porque, tal medida es asegurada por la Constitución, bien como, por la legislación infra constitucional.

Sin embargo, Roland Arazi⁴²⁹ defiende que los principios procesales son constitucionales pues “derivan del reconocimiento de la garantía del debido proceso por la Constitución de la Nación”. Destaca que las funciones de los principios procesales constitucionales son básicamente tres, a saber: a) servir de base al legislador para la

⁴²⁶ BUENOS AIRES, Constitución (1994). **Constitución de la Provincia de Buenos Aires de 1994**. Disponible em: <<http://www.gob.gba.gov.ar/legislacion/constitucion/cpppal.htm>>. Acceso em: 24 mai. 2013.

⁴²⁷ BERIZONCE, Roberto Omar. **Tutelas de urgencia y debido proceso**: hacia reconstrucción del proceso de cognición y su articulación con las tutelas de urgencia. *In: Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal - CDP*. Bogotá/Colômbia: ICDP, 29 de abril de 2011. Disponible em: <http://www.icdp.co/revista/articulos/37/RobertoOmarBerizonce.pdf>>. Acceso em: 08 abr. 2014. p. 01.

⁴²⁸ BERIZONCE, Roberto Omar. *Op. cit.*, p. 01.

⁴²⁹ ARAZI, Roland. **Derecho Procesal Civil y Comercial**. Buenos Aires: Astrea, 1995. p. 133.

regulación de las reformas, sea que se traduzcan explícitamente en el texto de los textos normativos codificados el que se desprendan más que de las normas, de la forma en que son aplicadas en la práctica judicial, b) operar como elementos de interpretación de las normas procesales en situaciones dudosas o conflictivas y c) permitir el estudio comparativo de diversos sistemas procesales.

De todo eso se infiere la preocupación en asegurarse el derecho de acceso a la justicia y, con eso, garantizar la tutela jurídica como un todo, imponiendo la preordinación de procedimientos procesales designados a entregar al justiciable una tutela jurisdiccional adecuada y efectiva, y eso incluye, obviamente, la tempestividad. Y no podrá ser diferente en un Estado Democrático de derecho fundado en la expresión máxima de la justicia social.

Coincido con José Roberto de los Santos Bedaque⁴³⁰, el “acceso a la justicia”, o, más propiamente, el “acceso a el orden jurídico justa” significa “proporcionar a todos, sin cualquier restricción, el derecho de pleitear la tutela jurisdiccional del Estado y de tener a disposición el medio constitucionalmente previsto para alcanzar ese resultado”, porque “nadie puede ser privado del debido proceso legal, o mejor, del debido proceso constitucional”. Prosigue explicando:

Es el proceso modelado en conformidad con garantías fundamentales, suficientes para convertirlo equo, correcto, giusto. Insuficiente afirmar que la Constitución asegura el denominado derecho abstracto o incondicionado de acción. Es preciso identificar lo que eso efectivamente representa para el patrimonio jurídico de la persona. Importante fijar que todos tienen, independientemente de cualesquier condiciones personales, no la certeza o la probabilidad de obtener el reconocimiento de un derecho pero la posibilidad seria y real de contar con instrumentos adecuados para alcanzar ese objetivo. Significa, por lo tanto, que la garantía constitucional de acción implica la existencia de la tutela jurisdiccional adecuada a la protección del derecho demostrado en sede procesal [...]. Mas el interés en el examen de ese instituto aún persiste se cambiarnos el ángulo de visión, para examinarlo a la luz de su contribución para la efectividad del proceso. Parece más adecuado tentar identificar la relevancia constitucional de la acción como derecho de obtener concretamente los medios necesarios a la satisfacción de un interés protegido por el legislador material. De ahí la pertinencia teórica y práctica de volverse al tema, ahora por otro prisma, en la tentativa de enfrentarlo Segun visión instrumentalista de la ciencia procesal [...]. En esa línea, parece que las reflexiones sobre ese tema deber desplazarse para el plan constitucional, que asegura a todas las personas, como garantía fundamental, el derecho de acción, o, mejor, el derecho de acceso al poder judicial⁴³¹.

Lo que se pretende resaltar en ese tópico es que el derecho de acceso a la justicia no tiene por intento apenas el reconocimiento o la declaración de derechos, mas la entrega de la

⁴³⁰ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada**: tutelas sumárias e de urgência - tentativa de sistematização. 3. ed. Malheiros. São Paulo, 2003. p. 71.

⁴³¹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Op. cit.*, p. 71.

tutela jurisdiccional efectiva y de cualidad, lo que sólo es posible mediante la resolución del conflicto. En ese sentido Francisco Chamorro Bernal⁴³² agrega que el deber constitucional de los jueces y tribunales de velar por la efectividad de la tutela no se limita al aspecto procesal, he aquí que existen también en el aspecto material o de fondo, en el sentido de resolver de hecho el problema demandado. Significa que el órgano jurisdiccional, para entregar al justiciable la anhelada tutela jurisdiccional efectiva, adecuada y de cualidad (tempestiva al derecho material), precisa resolver el caso concreto por medio de procedimientos previamente ordenados y efectivamente capaces para tanto.

De ese modo, cuando se habla en “acceso a la efectiva tutela jurisdiccional”, la referencia es la asistencia, al amparo, a la defensa, a la vigilancia y, principalmente, a la “resolución del caso concreto puesto por el justiciable a la apreciación del órgano judicial”, es decir, “en la garantía de prestación de tutela jurisdiccional adecuada a la realidad de la situación jurídico substancial que le es traída para resolución”⁴³³. Y eso se traduce en la:

[...] remoción de los obstáculos de todo tipo - especialmente económicos y culturales - que impiden el libre acceso a la jurisdicción, tienden ciertas instituciones legales equilibradoras, que consagran una suerte de igualdad por compensación. Entre ellas adquiere particular relieve la organización de la asistencia jurídica de los carentes de recursos, en sus distintas facetas, y las demás medidas complementarias a cargo del Estado; las cuales encuentran, por lo demás, sustento bastante en los propios textos constitucionales⁴³⁴.

Por lo tanto, no se puede simplemente imaginar que la constitucionalización de los derechos los convierta en realidad. Es preciso crear estructuras, mecanismos e instrumentos procesales y procedimentales dirigidos y destinados a la realización fática del amplio, efectivo, adecuado y cualitativo acceso a la justicia efectiva para todos los justiciables.

Innegablemente el acceso a la justicia es hoy requisito fundamental al ejercicio de la tutela jurisdiccional efectiva, adecuada y de cualidad, superando el anterior concepto formalista de acceso al órgano judicial. Eso significa que el acceso a la justicia y la efectividad de la tutela jurisdiccional son derechos fundamentales que precisamos tener asegurados y concretizados si la pretensión es estructurar un sistema jurídico basado en los valores modernos de la justicia y de la igualdad. A partir del momento en que se pasó a definir la tutela judicial por el criterio de la efectividad, se convirtió imperiosa la concretización de

⁴³² BERNAL, Francisco Chamorro. **La tutela judicial efectiva**. Barcelona: Bosch, 1994. p. 281.

⁴³³ GONZAGA, Márcio de Borba. *Op. cit.*, p. 114.

⁴³⁴ BERIZONCE, Roberto O. *Op. cit.*, p. 10.

los derechos fundamentales que, por su vez, sólo puede ocurrir en el mundo de los hechos si los justiciables tuvieran acceso a la justicia.

4 ASPECTOS FUNDAMENTALES DE LA ANTICIPACIÓN DE TUTELA

Este capítulo presenta los aspectos fundamentales del instituto de la tutela anticipatoria, específicamente la disciplina normativa, el concepto y naturaleza jurídica, los presupuestos procesales y la fundamentación.

4.1 ANTECEDENTES HISTÓRICOS Y PREVISIÓN LEGAL

Durante mucho tiempo, en el escenario brasileño, el aspecto relacionado con la falta de efectividad procesal, exacerbado por la demora, fue preservado y contornado hasta abordar los límites de la no sustentabilidad, situación que desencadenó críticas de los estudiosos del asunto, descrédito de los justiciables en relación a los servicios prestados por el Poder Judicial y el surgimiento de las más diversas sugerencias volcadas al perfeccionamiento de los procedimientos judiciales a la operatividad y optimización de los servicios de competencia del Poder Judicial prestados a la población.

El legislador brasileño, consciente de las dificultades enfrentadas por los justiciables que buscan la tutela jurisdiccional y presionado por la doctrina procesalista que, preocupada con la efectividad del proceso, viene manifestando críticas contundentes al modelo procesal actual; bien como por los órganos internacionales, principalmente el empresariado que quiere soluciones rápidas para eventuales conflictos en las relaciones comerciales, principalmente con el aumento de inversiones en Brasil, resolvió promover reformas en la legislación procesal, con el designio mayor de conseguir un proceso civil más eficiente, que prestigie la solución real de los conflictos llevados al Poder Judicial, aunque, para tanto, sea necesario algún tipo de sacrificio de los formalismos.

Fue así que desde el advenimiento de la Constitución Federal Brasileña de 1988, el legislador ordinario viene promoviendo profundas alteraciones en el sistema procesal patrio, implantadas, pautadas y fundamentadas en la garantía de efectividad de la tutela jurisdiccional que el texto constitucional asegura⁴³⁵. Innegablemente el derecho procesal brasileño viene pasando por una fase de transición.

⁴³⁵ “Artigo 5º: [...] LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; [...]” (Constituição Federal de 1988). O devido processo legal significa, dentre outras coisas, um processo justo, o que implica, em última instância, num processo célere e efetivo, concretizando, ao final, uma tutela jurisdiccional de qualidade. Em 2004, a Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro, inseriu o inciso LXXVIII no artigo 5º, da Constituição Federal de 1988, reafirmando que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

De entre las novedades en los cambios en el Código de Proceso Civil se tiene la institución de la tutela anticipatoria, que hace parte de la primera reforma que fue efectuada por medio de la Ley n° 8.952, de 13 de diciembre de 1994, que alteró dispositivos del Código de Proceso Civil sobre el proceso de conocimiento y el proceso cautelar, seguida de la Ley n° 9.079, de 14 de julio de 1995⁴³⁶, que modificó algunos artículos Código de Proceso Civil para la adopción de la acción monitoria.

Las normas relacionadas a la anticipación de tutela fueron perfeccionados en 2002, por medio de la Ley n° 10.444, de 07 de mayo, que autorizó el juicio parcial y definitivo del mérito siempre que se verifique la existencia de hechos constitutivos incontrovertidos además de establecer la fungibilidad entre los pedidos cautelar y anticipatorio, con el añade del párrafo 7° al artículo 273 del Código de Proceso Civil con la siguiente redacción: “párrafo 7°: si el actor, a título de anticipación de tutela, requerir providencia de naturaleza cautelar, podrá el juez, cuando presentes los respectivos presupuestos, dictar la medida cautelar en carácter incidental del proceso ajuiciado”.

La tutela anticipada y la tutela cautelar son dos especies del género “tutelas de urgencia”. Consciente de tal circunstancia, el Código de Proceso Civil, por medio de la Ley n° 10.444, de 07 de mayo de 2002, al añadir los párrafos 6° y 7°, al artículo 273, del Código de Proceso Civil, adoptó expresamente el principio de la fungibilidad entre cautelar y anticipación de tutela (sincretismo procesal).

En los términos del artículo 6°, “la tutela anticipada también podrá ser concedida cuando uno o más de los pedidos acumulados, el parcela de ellos, mostrarse en no conformidad”. Tal innovación “rompió con el principio de la unidad de juicio de mérito, al permitir el juicio definitivo, y no más provisorio, en los casos en que uno o más de los pedidos acumulados, o parcela de ellos, mostrarse en disconformidad”. En este caso, “no habrá juicio con juicio de probabilidad (común a la tutela anticipada), sino con juicio de certeza, pues el juicio habrá sido hecho de posesión de todos los elementos probatorios suficientes al convencimiento del juez”⁴³⁷. En el análisis crítico de Alexandre Freitas Câmara⁴³⁸:

El dispositivo, *data venia* mal redigido, se da interpretado literalmente - la falsa impresión de que la norma ahí introducida sólo es aplicable en los casos en que haya

⁴³⁶ BRASIL, Legislação. **Lei nº 9.079, de 14 de julho de 1995**. Altera dispositivos do Código de Processo Civil, com a adoção da ação monitoria. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Leis/L9079.htm#art1102a>>. Acesso em: 02 mai. 2013.

⁴³⁷ MAIA, Anna Carolina Resende de Azevedo. *Op. cit.*, p. 105.

⁴³⁸ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Op. cit.*, p. 91.

acumulación de pedidos (o sea, cuando el demandante haya formulado más de un pedido en su petición inicial). Esto, pero, es falso, ya que la norma es también aplicable cuando fuera uno sólo el pedido formulado por el autor. Lo que este nuevo dispositivo significa es que será concedida la tutela anticipada siempre que una parcela del objeto del proceso (o sea, del mérito de la causa) tornarse de no conformidad.

A su turno, el párrafo 7º expresa que: “si el actor, a título de anticipación de tutela, requiere providencia de naturaleza cautelar, podrá el juez, cuando presentes los respectivos presupuestos, dictar la medida cautelar en carácter incidental del proceso juicioso”.

Este nuevo dispositivo procesal “estableció la fungibilidad entre los pedidos cautelar y de la tutela anticipada”, texto “motivado por la constante confusión entre aquellos institutos por los operadores del derecho, lo que perjudicaba sobremanera el derecho pleiteado”⁴³⁹. En la interpretación de Anna Carolina Resende de Azevedo Maia⁴⁴⁰:

[...] el objetivo del párrafo 7º no fue lo de restringir la fungibilidad apenas entre la tutela anticipada y la cautelar, en ese sentido. Debemos comprenderla reciprocamente, pues sólo así atingiremos la finalidad de la norma, que fue la de evitar perjuicio a derechos que necesitan de protección en el transcurso de la acción, independentemente del instrumento jurídico utilizado (tutela anticipada o cautelar) para protegerlo.

Por medio del párrafo 7º, del artículo 273, del Código de Proceso Civil, disponiendo que “si el autor, a título de anticipación de tutela, requiere providencia de naturaleza cautelar, podrá el juez, cuando estén presentes los respectivos presupuestos, dictar la medida cautelar en carácter incidental del proceso enjuiciado”, consagró expresamente la fungibilidad de las tutelas provisorias, reforzando, de esta forma, la tesis del tratamiento conjunto.

Desde entonces es permitida la concesión de providencia de naturaleza cautelar en carácter incidental al proceso enjuiciado, desde que el actor la requiera a título de anticipación de tutela.

Al tratar del tema, Fredie Didier Júnior⁴⁴¹ explica que la Ley nº 10.444, de 07 de mayo de 2002, al añadir el párrafo 7º, al artículo 273, del Código de Proceso Civil, imprimió

⁴³⁹ “O parágrafo 7º, do artigo 273 não supõe a identidade entre tutela cautelar e tutela antecipatória ou afirma que toda e qualquer tutela cautelar pode ser requerida no processo de conhecimento. Ao contrário, tal norma, partindo do pressuposto de que, em alguns casos, pode haver confusão entre as tutelas cautelar e antecipatória, deseja apenas ressaltar a possibilidade de se conceder tutela urgente no processo de conhecimento nos casos em que houver dúvida fundada e razoável quanto à sua natureza (cautelar ou antecipatória)” (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. 2004. *Op. cit.*, p. 271).

⁴⁴⁰ MAIA, Anna Carolina Resende de Azevedo. *Op. cit.*, p. 106.

⁴⁴¹ DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Processo cautelar**: ainda é útil? Artigo publicado em 02 de setembro de 2010. Disponível em: <http://www.faculdadebaianadedireito.com/i/f/f/%7B23622F48-7128-4EA8-B05E-D6AE17954F50%7D_processocautelar.pdf>. Acesso em: 02 mai. 2013. p. 01.

“verdadera revolución en la técnica de concesión de las llamadas tutelas de urgencia, de que sirven de ejemplo la tutela cautelar y la tutela anticipatoria”. Prosigue asegurando que desde entonces “se consagró la fungibilidad de las medidas urgentes” y que, en la práctica, la distinción teórica entre las medidas cautelares y anticipatorias perdió utilidad, explicando que:

Acabó la discusión. Todas aquellas situaciones-límite, en las cuales el magistrado hesitaba en el momento de la concesión de la medida, por no saber al cierto si exigía la prueba inequívoca o la “simple humo del buen derecho”, están resueltas. Aquellas lacónicas decisiones que negaban la anticipación de la tutela, por tratarse de provimento cautelar, no más se justifican. Al admitir la fungibilidad de pedidos, en el sentido de que nominalmente postulada una de aquellas medidas, al juez es lícito conceder la tutela a otro título, el legislador pasó a admitir, por consecuencia, la posibilidad de concesión de provimento cautelar fuera del ámbito del proceso cautelar.

Veamos como decidió el Tribunal de justicia del Estado de Sao paulo al analizar la materia:

Apunte: anticipación de la tutela - Acción de cancelamento de protesto acumulada con pedido de indemnización por daños morales. Pretensión del balcón a la suspensión de los efectos publicísticos del protesto labrado y a la abstención de la inscripción de su nombre en los cadastros de devedores. Fungibilidad de las tutelas anticipatoria y cautelar. Hipótesis en que están reunidos los requisitos del *fumus boni juris* y del *periculum in mora*. Posibilidad de concesión de la tutela cautelar en carácter incidental en el proceso juicioso. Razoabilidad del pleito de suspensión de los efectos publicísticos del protesto y de prohibición del registro del nombre de la balcón en el banco de datos de malos pagadores, hasta solución final de la demanda. Decisión reformada. Recurso provisto⁴⁴².

En este caso, entendió el juzgador que la tutela anticipada postulada poseía clara naturaleza cautelar, razón por la cual, al verificar la presencia de los presupuestos del *fumus boni juris* y del *periculum in mora*, y considerando ser admisible la fungibilidad de las dos pretensiones, entendió como viable la concesión de la medida cautelar incidentalmente en el proceso juicioso, asegurando, de ese modo, contradictorio, con producción de prueba y sentencia.

En otra ocasión, entendió que “poco importa que el actor haya pleiteado, por ocasión de la inicial, la concesión de tutela anticipada o de cautelar. Lo que importa es el pedido de concesión de tutela de urgencia”, cuya decisión se puso así mencionada: “apunte: tutela de urgencia. Aplicabilidad del principio de la fungibilidad, consagrado en el párrafo 7º, del

⁴⁴² BRASIL, Jurisprudência. **Agravo de Instrumento nº 7343544400**. Décima Nona Câmara de Direito Civil do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator: João Camillo de Almeida Prado Costa. Julgado em 27 de abril de 2009. Publicado no DJ de 22 de maio de 2009. Disponível em: <<http://esaj.tj.sp.gov.br>>. Acesso em: 02 mai. 2013.

artículo 273, del Código de Proceso Civil. Extinción por inepticia alejada. Recurso provisto para ese fin⁴⁴³.

De cualquier modo, se resalta que “la concesión de tutela anticipatoria en el caso en que haya sido pedida cautelar solamente es posible en hipótesis excepcionales, o sea, cuando sea razonable y fundada la duda en relación a la correcta identificación de la tutela urgente⁴⁴⁴”.

El artículo 273, del Código de Proceso Civil, es el dispositivo legal que versa sobre la tutela anticipatoria, que en su redacción originaria disponía, *in verbis*, que “el procedimiento especial y el procedimiento sumarísimo se rigen por las disposiciones que les son propias, aplicándoseles, subsidiariamente, las disposiciones generales del procedimiento ordinario”. El texto del referido artículo fue transferido al párrafo único del artículo 272⁴⁴⁵, por medio de la

⁴⁴³ BRASIL, Jurisprudência. **Agravo de Instrumento nº 1134279300**. Décima Oitava Câmara de Direito Civil do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator: Rubens Cury. Julgado em 21 de julho de 2009. Publicado no DJ de 10 de agosto de 2009. Disponível em: <<http://esaj.tj.sp.gov.br>>. Acesso em: 02 mai. 2013. Outras ementas pertinentes: “ementa: pedido condenatório ao pagamento de honorários advocatícios resultantes da atuação em reclamação trabalhista. Pedido de tutela antecipada. Hipótese em que, presente a situação de risco e aparência do direito, justifica-se o deferimento de medida cautelar, voltada a garantir a efetividade de eventual futuro provimento condenatório. Determinação de depósito judicial de parte do crédito destinado ao réu. Agravo parcialmente provido. A constatação de que o autor faz jus, não à antecipação de tutela, mas ao deferimento de medida cautelar, providência perfeitamente hábil a assegurar futura satisfação do seu direito, justifica, pela aplicação do princípio da fungibilidade, a concessão da tutela apropriada No caso, e suficiente a determinação de bloqueio e depósito judicial de parte do crédito resultante da condenação no processo em que o autor patrocinou os interesses do réu, como forma de garantir futuro eventual pagamento de honorários advocatícios” (BRASIL, Jurisprudência. **Agravo de Instrumento nº 1279478007**. Trigesima Primeira Câmara de Direito Civil do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator: Antonio Rigolin. Julgado em 23 de junho de 2009. Publicado no DJ de 24 de julho de 2009. Disponível em: <<http://esaj.tj.sp.gov.br>>. Acesso em: 02 mai. 2013); “ementa: Agravo de Instrumento. Prestação de serviços. Contrato de criopreservação de esperma. Pedido incerto e indeterminado. Possibilidade de o autor explicitar o *an debeatur* e o *quantum debeatur*. Emenda da inicial. Necessidade. Fixação dos danos morais deixada ao prudente arbítrio do juiz. Valor da causa que deve abarcar ao menos o valor perseguido a título de indenização por danos materiais. Antecipação da tutela. Providência pleiteada que não consiste em antecipação do pedido final pleiteado. Fungibilidade das tutelas de urgência. Artigo 273, parágrafo 7º, do Código de Processo Civil. Impossibilidade de aplicação. Providência pleiteada que não se destina a assegurar a tutela final pretendida. Recurso improvido (BRASIL, Jurisprudência. **Agravo de Instrumento nº 1243952003**. Trigesima Segunda Câmara de Direito Civil do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator: Walter Cesar Exner. Julgado em 18 de junho de 2009. Publicado no DJ de 23 de julho de 2009. Disponível em: <<http://esaj.tj.sp.gov.br>>. Acesso em: 02 mai. 2013). Neste último caso, entendeu-se que se a providência requerida não compõe a tutela jurisdicional buscada, não pode ser objeto de antecipação, sendo inviável, também, a aplicação do disposto no artigo 273, parágrafo 7º, do Código de Processo Civil, haja vista que as medidas requeridas não se prestam a assegurar o resultado prático da tutela jurisdicional eventualmente concedida ao final que, como visto, limitar-se-á à indenização por danos materiais e morais, em caso de decisão favorável ao demandante.

⁴⁴⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. 2004. *Op. cit.*, p. 271.

⁴⁴⁵ “Artigo 272: o procedimento comum é ordinário ou sumário. Parágrafo único: o procedimento especial e o procedimento sumário regem-se pelas disposições que lhes são próprias, aplicando-se-lhes, subsidiariamente, as disposições gerais do procedimento ordinário” (Código de Processo Civil).

Ley nº 8.952, de 13 de diciembre de 1994, mientras que la redacción del artículo 273 fue modificada, quedando de la siguiente forma:

Artículo 273: el juez podrá, a requerimiento de la parte, anticipar, total o parcialmente, los efectos de la tutela pretendida en el pedido inicial, desde que, existiendo prueba inequívoca, se convenza del vero semejanza de la alegación y: I - haya fundado recelo de daño irreparable o de difícil reparación; o II - quede caracterizado el abuso de derecho de defensa o el manifiesto propósito protelatório del reo. Párrafo 1º: en la decisión que anticipar la tutela, el juez indicará, de modo claro y preciso, las razones de su convencimiento. Párrafo 2º: no se concederá la anticipación de la tutela cuando haya peligro de irreversibilidad del proveimiento anticipado. Párrafo 3º: la efectuación de la tutela anticipada observará, en lo que quepa y conforme su naturaleza, las normas previstas en los artículos 588⁴⁴⁶, 461, párrafos 4º y 5º⁴⁴⁷ y 461-A⁴⁴⁸. Párrafo 4º: la tutela anticipada podrá ser revogada o

⁴⁴⁶ O artigo 588, que trata da execução provisória, foi revogado e seu texto foi realocado pela Lei nº 11.232, de 22 de dezembro de 2005 para o artigo 475-O. Assim, a execução provisória, antes prevista no Livro II (“do processo de execução”), Capítulo III (“dos requisitos necessários para realizar qualquer execução”), Seção II (do título executivo), foi deslocada para o Livro I (“do processo de conhecimento”), Título VIII (“do procedimento ordinário”), Capítulo X (“do cumprimento da sentença”). “Artigo 475-O: a execução provisória da sentença far-se-á, no que couber, do mesmo modo que a definitiva, observadas as seguintes normas: I - corre por iniciativa, conta e responsabilidade do exeqüente, que se obriga, se a sentença for reformada, a reparar os danos que o executado haja sofrido; II - fica sem efeito, sobrevindo acórdão que modifique ou anule a sentença objeto da execução, restituindo-se as partes ao estado anterior e liquidados eventuais prejuízos nos mesmos autos, por arbitramento; III - o levantamento de depósito em dinheiro e a prática de atos que importem alienação de propriedade ou dos quais possa resultar grave dano ao executado dependem de caução suficiente e idônea, arbitrada de plano pelo juiz e prestada nos próprios autos. Parágrafo 1º: no caso do inciso II do *caput* deste artigo, se a sentença provisória for modificada ou anulada apenas em parte, somente nesta ficará sem efeito a execução. Parágrafo 2º: a caução a que se refere o inciso III do *caput* deste artigo poderá ser dispensada: I - quando, nos casos de crédito de natureza alimentar ou decorrente de ato ilícito, até o limite de sessenta vezes o valor do salário-mínimo, o exeqüente demonstrar situação de necessidade; II - nos casos de execução provisória em que penda agravo de instrumento junto ao Supremo Tribunal Federal ou ao Superior Tribunal de Justiça (artigo 544), salvo quando da dispensa possa manifestamente resultar risco de grave dano, de difícil ou incerta reparação. Parágrafo 3º: ao requerer a execução provisória, o exeqüente instruirá a petição com cópias autenticadas das seguintes peças do processo, podendo o advogado valer-se do disposto na parte final do artigo 544, parágrafo 1º: I - sentença ou acórdão exeqüendo; II - certidão de interposição do recurso não dotado de efeito suspensivo; III - procurações outorgadas pelas partes; IV - decisão de habilitação, se for o caso; V - facultativamente, outras peças processuais que o exeqüente considere necessárias” (Código de Processo Civil).

⁴⁴⁷ “Artigo 461: na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento. [...] Parágrafo 4º: o juiz poderá, na hipótese do parágrafo anterior ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando-lhe prazo razoável para o cumprimento do preceito. Parágrafo 5º: para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial. [...]” (Código de Processo Civil).

⁴⁴⁸ “Artigo 461-A: na ação que tenha por objeto a entrega de coisa, o juiz, ao conceder a tutela específica, fixará o prazo para o cumprimento da obrigação. Parágrafo 1º: tratando-se de entrega de coisa determinada pelo gênero e quantidade, o credor a individualizará na petição inicial, se lhe couber a escolha; cabendo ao devedor escolher, este a entregará individualizada, no prazo fixado pelo juiz. Parágrafo 2º: não cumprida a obrigação no prazo estabelecido, expedir-se-á em favor do credor mandado de busca e apreensão ou de imissão na posse, conforme se tratar de coisa móvel ou

modificada a cualquier tiempo, em decisión fundamentada. Párrafo 5º: concedida o no la anticipación de la tutela, proseguirá el proceso hasta final del juicio. Párrafo 6º: la tutela anticipada también podrá ser concedida cuando uno o más de los pedidos acumulados, o parcela de ellos, mostrarse incontroverso. Párrafo 7º: si el autor, a título de anticipación de tutela, requerir providencia de naturaleza cautelar, podrá el juez, cuando presentes los respectivos presupuestos, deferir la medida cautelar en carácter incidental del proceso ajuiciado.

La tutela anticipatoria tiene por objetivo anticipar la eficacia que la futura sentencia podrá producir en el mundo de los hechos. En las palabras de José Carlos Barbosa Moreira⁴⁴⁹ el legislador brasileño fue feliz al preferir la expresión “decisión anticipatoria” (artículo 287) en el lugar de tutela anticipatoria, explicando que:

Si por “tutela” se entiende la protección dispensada al litigante es intuitivo que ella no puede constituir el sujeto, mas apenas el objeto de la anticipación. La tutela no anticipa sea lo que fuera. Puede, eso sí, ser anticipada por el juez, o por decisión que este profiera. Hablarse ha con propiedad, por lo tanto, “decisión anticipatoria”, o en “providencia anticipatoria”, en el sentido de decisión o de providencia que anticipa la tutela. Cuanto a esta última, o será anticipada o no será: anticipatoria es que jamás se concibe que sea.

Independientemente de la nomenclatura utilizada, el hecho es que la principal finalidad de la tutela anticipatoria es dar efectividad al principio de la tempestividad de la tutela jurisdiccional, también denominado de principio de la celeridad, principio de la brevedad, principio de la tempestividad, principio de la garantía a la tutela jurisdiccional sin dilaciones indebidas y, más recientemente, como principio de la razonable duración del proceso, en la forma de la Enmienda Constitucional nº 45, de 30 de diciembre de 2004 que enserió el inciso LXXVIII al artículo 5º, de la Constitución Federal de 1988, a saber: “inciso LXXVIII: a todos, en el ámbito judicial y administrativo, son asegurados la razonable duración del proceso y los medios que garanticen la celeridad de su tramitación”. Para tanto la anticipación de la tutela promueve La distribución del tiempo entre las partes, llevando en consideración, para tal intento, la plausibilidad del derecho invocado.

En la actualidad está siendo discutida la inserción de la estabilización de la tutela anticipada en el sistema procesal brasileño, por medio de la presentación de algunas

imóvel. Parágrafo 3º: Aplica-se à ação prevista neste artigo o disposto nos parágrafos 1º a 6º do artigo 461 (Código de Processo Civil).

⁴⁴⁹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Antecipação da tutela**: algumas questões controvertidas. In: *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, vol. 03, nº 13, p. 05-13. Porto Alegre, set/out. 2001. p. 05.

propuestas normativas⁴⁵⁰ inspiradas en el sistema europeo, principalmente el italiano, que significa la:

[...] posibilidad del sistema procesual permitir conserve la medida anticipada su eficacia independientemente de confirmación por decisión posterior de mérito, resolviendo de forma definitiva la lid sometida al análisis jurisdiccional. El proceso principal apenas será propuesto si las partes tuvieran interés en la obtención de decisión definitiva sobre el derecho controvertido, pos cognición exauriente⁴⁵¹.

En la interpretación de Desire Bauermann⁴⁵², la estabilización de la tutela anticipatoria “es medida proporcional y razonable” he aquí que “desestimula la proponibilidad de procesos inútiles” además de atender al principio de la razonable duración del proceso sin dilaciones indebidas positivado en el artículo 5º, inciso LXXVIII de la Constitución Federal de 1988, “sin que con eso aleje la posibilidad de las partes obtener cognición plena sobre el objeto del proceso, en así queriendo”.

Aunque la tutela anticipada pueda ser estabilizada mismo si concedida en el curso de un proceso principal, el principal albo de la estabilización no es la tutela anticipada concedida durante el proceso judicial, en la medida en que su objetivo es justamente dispensar la factibilidad del proceso principal si la parte ya obtuvo la satisfacción de su derecho por la concesión de anticipación de tutela⁴⁵³.

Ya existe cierta tendencia en Brasil en admitirse la concesión de una especie de “tutela anticipada preparatoria” y, por lo tanto, anterior al proceso principal, con fundamento en artículo 798, del Código de Proceso Civil:

⁴⁵⁰ Por exemplo, foi apresentado ao Senado, no dia 24 de maio de 2005, o Projeto de Lei do Senado nº 186, visando modificar os parágrafos 4º e 5º do artigo 273, e acrescentar os artigos 273-A, 273-B, 273-C e 273-D ao Código de Processo Civil, para permitir a estabilização da tutela antecipada. Porém, em decorrência das críticas e da falta de consenso, acabou arquivado em 07 de março de 2006 (BRASIL, Legislação. **Projeto de Lei do Senado nº 186/2005**. Modifica os parágrafos 4º e 5º do artigo 273, e acrescenta os artigos 273-A, 273-B, 273-C e 273-D à Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil), para permitir a estabilização da tutela antecipada. Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/mate-pdf/5724.pdf>>. Acesso em: 02 mai. 2013). Também o Esboço de Anteprojeto de Reformulação Legislativa sobre tutela de urgência, medidas antecipatórias e cautelares, de abril de 2007, de autoria de Athos Gusmão Carneiro, em debate pelos membros do Instituto Brasileiro de Direito Processual - IBDP, que dentre outras disposições, propõe “que as medidas cautelares incidentais possam ser requeridas e decididas sem necessidade de um processo autônomo, adotando-se a mesma trilha processual das antecipações de tutela” (BRASIL, Legislação. **Esboço de Anteprojeto de reformulação legislativa sobre tutela de urgência, medidas antecipatórias e cautelares, de abril de 2007**. Autor: Athos Gusmão Carneiro. Disponível em: <<http://www.direitoprocessual.org.br>>. Acesso em: 02 mai. 2013).

⁴⁵¹ BAUERMAN, Desirê. **Estabilização da tutela antecipada**. In: *Revista Eletrônica de Direito Processual*, ano 04, vol. VI, p. 32-48. Rio de Janeiro, jul./dez., 2010. p. 33.

⁴⁵² BAUERMAN, Desirê. *Op. cit.*, p. 36.

⁴⁵³ BAUERMAN, Desirê. *Op. cit.*, p. 37, nota 11.

Artículo 798: además de los procedimientos cautelares específicos, que este Código regula en el Capítulo II de este Libro, podrá el juez determinar las medidas provisionales que juzgar adecuadas, cuando haya fundado recelo de que una parte, antes del juicio del lid, cause al derecho de la otra lesión grave y de difícil reparación (Código de Proceso Civil).

La cuestión es controvertida tanto en la doctrina como en la jurisprudencia. Por ejemplo, para Ovídio Baptista da Silva⁴⁵⁴ “la universalización de la ordinariedad que estimulaba esa práctica” acabó dando lugar a las medidas provisionales previstas en los artículos 273 y 461 del Código de Proceso Civil, “de modo que no solo se justifica la concesión de providencias anticipatorias con fundamento en los artículos 798-799” del Código de Proceso Civil. El Tribunal de Justicia de Minas Gerais entiende que “es viable el manejo de medida cautelar anticipatoria, con base en la disposición del artículo 798 del Código de Proceso Civil:

Procesual civil. Acción cautelar. Exclusión del nombre del deudor de catastro de no cumplidor. Falta de interés de actuar. Finalidad de la acción cautelar. Eficacia del proceso principal. Denegación de la petición inicial. Voto vencido. [...]. 3 – es viable el manejo de medida cautelar anticipatoria, con fulcro en el artículo 798 del Código de Proceso Civil, objetivándose evitar que el derecho debatido se perca, en carácter de La lesión practicada, consistente en la reprobación del nombre del deudor en catastros de no cumplidor, mientras se discutir o débito exigido por medio del enjuiciamiento de la acción principal⁴⁵⁵.

De ese modo, se verifica que a pesar de entendimientos contrarios y de no estar expresamente prevista en el orden jurídico brasileña en vigor, la concesión de medida anticipada preparatoria ha sido admitida bajo la justificativa, en general, de la necesidad del Poder Judicial garantizar la tutela de cualidad a los derechos de los justiciables, bien como de la “proximidad de objetivos y características existente entre las medidas cautelares y anticipatorias”⁴⁵⁶.

Existe toda una discusión a respecto del asunto, siendo que el Proyecto de Ley del Senado nº 186/2005 acabó archivando en 2007 y el Esbozo de Anteproyecto de reformulación legislativa sobre tutela de urgencia, medidas anticipatorias y cautelares, de abril de 2007, de autoría de Athos Gusmão Carneiro, está en fase embrionaria de discusión por los miembros del Instituto Brasileño de Derecho Procesal - IBDP. A par de eso el Proyecto del Nuevo

⁴⁵⁴ SILVA, Ovídio Baptista da. **Do processo cautelar**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 147.

⁴⁵⁵ TJMG, Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. **Apelação Cível nº 2.0000.00.497100-8/000**. Relatora Teresa Cristina da Cunha Peixoto. Julgado em 23 de novembro de 2005. Publicado no DJ de 03 de fevereiro de 2006. Disponível em: <<http://www5.tjmg.jus.br>>. Acesso em: 25 ago. 2013.

⁴⁵⁶ BAUERMANN, Desirê. *Op, cit.*, p. 40.

Código de Processo Civil⁴⁵⁷, que fue aprobado por la Comisión Especial de la Cámara de los Diputados en el día 17 de julio de 2013, y que continúa en tramitación en las casas legislativas brasileñas, encampó el instituto de la tutela anticipada y previó la posibilidad de su estabilización.

En el caso de que la tutela anticipada venga a adquirir estabilidad en el orden jurídico brasileño, lo que de hecho ocurrirá si (y todo indica que lo será) aprobado el Proyecto del Nuevo Código de Processo Civil, que está en fase final de análisis, ocurrirá una reforma total de las tutelas de urgencia, he aquí que el legislador pretende alejar la autonomía del proceso cautelar y regular toda la materia relacionada con el tema en un capítulo específico denominado de “tutela de urgencia y tutela de la evidencia”, inserido en la parte general del Anteproyecto Nuevo Código de Processo Civil, artículos 277 a 296.

El Anteproyecto del Nuevo Código de Processo Civil “deja clara la posibilidad de concesión de tutela de urgencia y de tutela a la evidencia” (adelantamiento al pedido sin controversia). También resalta en su texto que la respuesta del Poder Judiciario ha que ser rápida no apenas en casos “en que la urgencia recurre del riesgo de eficacia del proceso y del eventual perecimiento del propio derecho”, mas, también, “en hipótesis en que las alegaciones de la parte se revelan de juridicidad ostensiva, cuando la tutela debe ser concedida anticipadamente, en el total o parte de ella, “independientemente de *periculum in mora*, por no haber razón relevante para la espera, hasta porque, vía de regla, la demora del proceso genera agravamiento del daño”⁴⁵⁸.

La tutela de urgencia y la tutela de la evidencia pueden ser requeridas tanto antes cuanto en el curso del procedimiento en que se pleitea la providencia principal, cabe decir, permite “tanto la concesión de medidas anticipadas preparatorias de acuerdo con la mejor técnica procesal, como que ellas adquieran estabilidad”⁴⁵⁹.

Las medidas requeridas en carácter antecedente vienen disciplinadas en los artículos 286 y siguientes del Anteproyecto del Nuevo Código de Processo Civil, que tratan de positivar los procedimientos a la requisición de medidas en carácter antecedente. Prevé, aún, en los párrafos 2º y 3º, Del artículo 289, que “la presentación del pedido principal será desnecesaria si el reo, citado, no impugnar la cautelar” (párrafo 2º) y, en esa hipótesis, “cualquier de las partes podrá proponer acción con el intuito de discutir el derecho que haya sido acautelado o

⁴⁵⁷ BRASIL, Congresso Nacional. Senado Federal. Comissão de Juristas. **Anteprojeto de Código de Processo Civil**. Código de Processo Civil: anteprojeto / Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010.

⁴⁵⁸ BRASIL, Congresso Nacional. Senado Federal. *Op. cit.*, p. 25.

⁴⁵⁹ BAUERMANN, Desirê. *Op. cit.*, p. 42.

cuyo los efectos hayan sido anticipados” (párrafo 3º). En esas situaciones “las medidas de urgencia conservarán sus efectos mientras no revocadas por decisión de mérito proferida en acción ajuiciada por cualquier de las partes” (párrafo 2º, del artículo 290).

Para Carlos Eduardo de Oliveira Holanda Júnior⁴⁶⁰ en lo general las innovaciones del Proyecto del Nuevo Código de Proceso Civil sobre la anticipación de la tutela son apenas formales, ya que tanto la tutela anticipada cuanto la cautelar son tratadas como tutelas de urgencia, ahora insertadas en la parte general del texto normativo. Más que ello, ambas (la tutela satisfactiva-anticipada y la tutela aseguratoria-cautelar) están disciplinadas en el mismo dispositivo legal.

Al lado de las tutelas de urgencia (medidas requeridas en carácter antecedente y medidas requeridas en carácter incidental) el Proyecto del Nuevo Código de Proceso Civil trae la tutela de la evidencia, “que no es otra cosa que una tutela anticipada no fundada en la urgencia, sino en la mayor evidencia del derecho introducido por una de las partes”⁴⁶¹. Conforme Carlos Eduardo de Oliveira Holanda Júnior⁴⁶² la tutela de la evidencia no es un instituto realmente nuevo, visto que ya previsto, por lo menos parcialmente, en la sistemática actual, más precisamente en el inciso II, del artículo 273, del Código de Proceso Civil⁴⁶³.

En términos generales, el Anteproyecto del Nuevo Código de Proceso Civil no pretende presentar un sistema totalmente diferente del Código de Proceso Civil en vigor, mas preservar aquellos institutos y procedimientos que dieran cierto y substituir los menos exitosos por otros que presenten mayor eficiencia.

La regla que orienta el Anteproyecto del Nuevo Código de Proceso Civil es el reconocimiento de la naturaleza fundamental del proceso judicial como método de resolución de conflictos, por medio de lo cual los valores constitucionales son realizados.

4.2 CONCEPTO Y NATURALEZA JURÍDICA

La anticipación de la tutela refiere al mismo proceso en que será dirimido el mérito y tiene por objetivo adelantar los efectos de la tutela de mérito del proceso principal y dar

⁴⁶⁰ HOLANDA JÚNIOR, Carlos Eduardo de Oliveira. **Breves considerações sobre a tutela antecipada na atual sistemática processual e no projeto do novo Código de Processo Civil.** Artigo publicado em 2012. Disponível em: <http://www.mp.ce.gov.br/esmp/publicacoes/edi001_2012/artigos/03_Carlos.Eduardo.Holanda.pdf>. Acesso em: 02 set. 2013. p. 14.

⁴⁶¹ HOLANDA JÚNIOR, Carlos Eduardo de Oliveira. *Op. cit.*, p. 14.

⁴⁶² HOLANDA JÚNIOR, Carlos Eduardo de Oliveira. *Op. cit.*, p. 14.

⁴⁶³ “Artigo 273: o juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e: [...] II - fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu” (Código de Processo Civil).

efectividad al principio de la tempestividad, he aquí que distribuye el gravamen del tiempo entre las partes, observando, para tanto, la aceptable el admisible del derecho alegado por estas⁴⁶⁴.

En ese sentido es la opinión de Araken de Assis⁴⁶⁵ al afirmar que el proveimiento anticipatorio produjo verdadera revolución en el proceso civil, cuya índole es la reproducción y la solución de la lid ya ocurrida, en la medida en que “retribuye entre las partes el gravamen temporal del proceso, en el régimen anterior soportado, exclusivamente, por el actor”. Esencialmente “el instituto busca debelar una situación de desigualdad, promoviendo una mejor distribución del gravamen temporal del proceso entre las partes”.

La tutela anticipatoria en la forma como prevista en el artículo 273, del Código de Proceso Civil, “es fruto de la visión de la doctrina procesal modernísima, que fue capaz de ver el equívoco de un procedimiento destituido de una técnica de distribución del gravamen del tiempo del proceso”. Se constituye en un instrumento jurídico de gran importancia a la efectividad del proceso, no solo porque permite la realización urgente de derechos en la hipótesis de fundado recelo de daño irreparable o de difícil reparación, mas porque abre oportunidad a la anticipación de la realización de los derechos en los casos de abuso de derecho de defensa y sobre la parcela incontestada de la demanda. De ese modo, la tutela anticipatoria viabiliza la realización del principio de que la lentitud procesal no puede agravar al actor que está con la razón y, para además de eso, restaura la idea de que el tiempo del proceso no puede resultar en perjuicio soportado apenas por el actor⁴⁶⁶.

En la verificación de Pablo Daniel Alvarez⁴⁶⁷, diversos son los conceptos presentados por la doctrina acerca de la tutela anticipada.

Pérez Ragone⁴⁶⁸ define el instituto desde dos puntos de vista: un funcional y otro estructural. En el aspecto funcional el fisiológico la tutela anticipatoria es definida como “la anticipación total o parcial de los efectos de la eventual sentencia de mérito”. Cuanto al criterio estructural la tutela anticipada es una:

[...] tutela diferenciada de urgencia que, con base en una cognición sumaria (juicio gnoseológico de probabilidad), y llenados los requisitos de procedencia, satisface

⁴⁶⁴ LOPES, João Batista. **Tutela antecipada no processo civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 135-136.

⁴⁶⁵ ASSIS, Araken de. **Antecipação da tutela**. p. 13-36. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Aspectos polêmicos da antecipação de tutela*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 14.

⁴⁶⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. 2011. *Op. cit.*, p. 29.

⁴⁶⁷ ALVAREZ, Pablo Daniel. **Tutela anticipada**. Córdoba: Alveroni Ediciones, 2008. p. 18 e ss.

⁴⁶⁸ Pérez Ragone *apud* ALVAREZ, Pablo Daniel. *Op. cit.*, p. 18.

anticipadamente al requirente, otorgándole una atribución o utilidad que pudiera probablemente obtener la sentencia futura con autoridad de cosa juzgada⁴⁶⁹.

También Daniel Francisco Mitidiero⁴⁷⁰ trata de definir la anticipación de la tutela, concibiéndola como:

[...] la técnica direccionada a anticipar de forma provisional, mediante cognición sumaria, la tutela jurisdiccional del derecho para la parte, buscando la distribución isonómica de la carga del tiempo en el proceso, debe partir de la teoría de la tutela cautelar. Y ello por una razón simple: durante mucho tiempo la doctrina no percibió la autonomía conceptual de la técnica anticipatoria y la teorizó de forma indebida en términos de acción, resolución o proceso cautelar.

Ya para Silvia A. Rankin y María Gabriela Pecchinenda⁴⁷¹, la tutela anticipada es una especie de proceso urgente por medio de lo cual el juzgador:

[...] anticipa en forma total o parcial lo pretendido en la demanda, con un grado de certeza suficiente y en circunstancias tales que de no dictarse dicha resolución anticipada se torne para el accionante un perjuicio irreparable o de difícil reparación, resolución que puede ser modificada o confirmada en la sentencia definitiva a dictarse en el mismo proceso.

También Carlos A. Carbone⁴⁷² trató de construir un concepto para el instituto jurídico que denomina de “sentencia anticipada”, concibiéndola como el procedimiento que tiene por finalidad obtener en providencia no contemplada en previsiones normativas específicas:

[...] otorgando en forma anticipada total o parcialmente el objeto mediato de la pretensión contenida en la demanda y que según la naturaleza del interés, el carácter del peligro que lo amenaza o las particularidades circunstancias que surgen de la situación jurídica, por la inminencia o presencia efectiva de un perjuicio irreparable o de difícil reación [reparación], de acuerdo al grado de convicción enmarcado en la certeza suficiente que se forma el juez de modo sumario en base a la prueba aportada, y de acuerdo a su criterio discrecional o conceptualarla más idónea para obviar las consecuencias no valiosa de un evento que podría producir la supresión o la restricción de los efectos obligatorios o ejecutivos de la decisión de mérito.

Es denominada de tutela anticipada, en la opinión de Elpidio Donizetti Nunes⁴⁷³ “el adelantamiento de los hechos de la decisión final, a ser proferida en proceso de conocimiento, con la finalidad de evitar daño al derecho subjetivo de la parte”.

⁴⁶⁹ Pérez Ragone *apud* ALVAREZ, Pablo Daniel. *Op. cit.*, p. 19 e 18.

⁴⁷⁰ MITIDIERO, Daniel. **Anticipación de tutela**: de la tutela cautelar à técnica anticipatoria. Traducción de Renzo Cavani. Madrid / Barcelona / Buenos Aires / São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 25.

⁴⁷¹ Silvia A. Rankin e María Gabriela Pecchinenda *apud* ALVAREZ, Pablo Daniel. *Op. cit.*, p. 20-21.

⁴⁷² Carlos A. Carbone *apud* ALVAREZ, Pablo Daniel. *Op. cit.*, p. 21-22.

Pablo Daniel Alvarez⁴⁷⁴, por su vez, define tutela anticipada como aquella que produce como efecto el adelantamiento, en la forma total o parcial, del objeto de la prestación “con antelación al dictado de la resolución definitiva”.

Se trata, finalmente, del diferimiento provisorio del pedido inicial, en el todo o en parte, con fuerza de ejecución, se necesario⁴⁷⁵.

Esencialmente ese instituto jurídico-procesal se preocupa en proporcionar al actor el resultado práctico que procura obtener a través de la propia tutela final. Se trata de medida de naturaleza jurídica satisfactoria, marcada, en regla, por la provisoriedad.

Con todo, en tratándose de naturaleza jurídica de un objeto, es habitual la existencia de opiniones divergentes. La tutela anticipatoria no escapa de esa regla, en la medida en que parte de la doctrina la considera como de naturaleza jurídica similar a las medidas cautelares, mientras que otros estudiosos del asunto defienden que la naturaleza jurídica de la tutela anticipada excede el restringido ámbito de las medidas cautelares.

Por ejemplo, Piero Calamandrei⁴⁷⁶ distinguía, dentro de las medidas cautelares, las medidas conservativas y las innovativa, siendo que las primeras visan conservar el estado del objeto para que sobre el mismo pueda ser ejecutada la pretensión principal, mientras que las segundas operan, de modo provisorio, un cambio del mundo exterior. En ese caso la tutela anticipada estaría inserida como especie de medida innovativa.

De otro lado existen autores como Giuseppe Chiovenda⁴⁷⁷ que destaca a la tutela anticipatoria una naturaleza distinta de las medidas cautelares, acercándola de la naturaleza de las acciones ordinarias, argumentando que se trata de un proveimiento interino de condenación que coincide con el objeto de la demanda, separándolo de los proveimientos cautelares cuya finalidad es la satisfacción del objeto pretendido.

Pablo Daniel Alvarez⁴⁷⁸ comparte de la tesis de que define la tutela anticipatoria como medida de naturaleza cautelar, entendiendo que se “desprende de una de sus especies, más precisamente la innovativa, pero se diferencia de esta última en cuanto a su objeto y, por ello, requiere de presupuestos de procedencia y régimen jurídico diferenciados”.

⁴⁷³ NUNES, Elpídio Donizetti. **Curso didático de direito processual civil**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. p. 165.

⁴⁷⁴ ALVAREZ, Pablo Daniel. *Op. cit.*, p. 23.

⁴⁷⁵ FÜHRER, Maximilianus Cláudio Américo. **Resumo de processo civil** 20. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 159.

⁴⁷⁶ Piero Calamandrei *apud* ALVAREZ, Pablo Daniel. *Op. cit.*, p. 28.

⁴⁷⁷ Giuseppe Chiovenda *apud* ALVAREZ, Pablo Daniel. *Op. cit.*, p. 29.

⁴⁷⁸ ALVAREZ, Pablo Daniel. *Op. cit.*, p. 31.

En el mismo sentido es el modo de ver de José Roberto dos Santos Bedaque⁴⁷⁹, que defiende la naturaleza cautelar de la tutela anticipatoria, del siguiente modo: “no veo motivo para creación de forma autónoma de tutela, con todas las características de la cautelar, apenas por el carácter anticipatorio de la medida o por el rigor eventualmente mayor mientras a la probabilidad de existencia del derecho”.

Ya Ernane Fidélis dos Santos⁴⁸⁰ entiende que la sed normativa escogida por el legislador para disciplinar la tutela anticipatoria fue el proceso de conocimiento, lo que significa que “jamás podrá ser tratada como medida de cautela ni concedida con los respectivos presupuestos”.

La naturaleza jurídica de la tutela anticipada es definida por Sérgio Bermudes⁴⁸¹ en los siguientes términos:

Se cuida de prestación jurisdiccional cognitiva, consistente en la otorga adelantada de la protección que se busca en el proceso de conocimiento, la cual, verificados los presupuestos de ley, es antepuesta al momento procedimental propio. Configurados los respectivos requisitos, que se descubren en el *caput* del artículo, en sus dos incisos y en su párrafo 2º, el juez, por razones de economía, celeridad, efectividad, concede, desde pronto, y provisoriamente, la protección jurídica, que sólo la sentencia transitada en juzgado asegura en termos definitivos.

Para Cândido Rangel Dinamarco⁴⁸² “las medidas inherentes a la tutela anticipada tiene nítido y deliberado carácter satisfactivo, siendo impertinentes cuanto a ellas las restricciones que se hacen a la satisfactividad en materia cautelar”. Finalmente, “inciden sobre el propio derecho y no consisten en medios colaterales de ampararlos como se da con las cautelares”.

Ese instituto jurídico-procesal se preocupa, esencialmente, en proporcionar al actor el resultado práctico que busca obtener a través de la propia tutela final. Se trata de medida de naturaleza jurídica satisfactiva, marcada, en regla, por la provisoriedad. En las palabras de Nelson Nery Júnior y Rosa Maria de Andrade⁴⁸³:

Tutela anticipatoria de los efectos de la sentencia de mérito es providencia que tiene naturaleza jurídica mandamental, que se efectiva mediante ejecución *lato sensu*, con el objetivo de entregar al autor, total o parcialmente, la propia pretensión deducida en juicio o sus efectos. Es tutela satisfativa en el plan de los hechos, ya que realiza el

⁴⁷⁹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada**. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 287.

⁴⁸⁰ SANTOS, Ernane Fidélis. **Antecipação da tutela satisfativa na doutrina e na jurisprudência**. In: *Revista de Processo*, nº 96. São Paulo: RT. 1999. p. 46.

⁴⁸¹ BERMUDES, Sérgio. **A reforma do Código de Processo Civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 28.

⁴⁸² DINAMARCO, Cândido Rangel. **A reforma do Código de Processo Civil**. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 146.

⁴⁸³ NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Op. cit.*, p. 646.

derecho, dando al requiriente el bien de la vida por él pretendido con la acción de conocimiento.

En el mismo sentido es la opinión de Marcelo Abelha Rodrigues⁴⁸⁴ al aseverar que “la naturaleza jurídica de la tutela anticipatoria es de profusión judicial con eficacia mandamental o ejecutiva *lato sensu*”, he aquí:

[...] permite, a un sólo tiempo, no sólo a entrega anticipada y provisoria del propio mérito o sus efectos, como también la efectivación inmediata de esta tutela. Justamente porque es dada con base en la urgencia y en la busca de la efectividad, es un menester que exista, siempre que posible, la inmediata satisfacción del efecto fáctico de mérito anticipado. Exactamente por ello, por vía de la tutela anticipada de los efectos de mérito, el juez emite un reconducción que deberá ser inmediatamente cumplido por el reo, o, en contrapartida, que, si no fuera cumplido por él, admite que sea hecho a sus expensas. El modo de efectuación de la tutela anticipada es tema que merece algunas palabras. Sin sombra de duda, la finalidad de la obtención de la tutela anticipada es la realización en el mundo de los hechos de efectos que serían advenidos con la propia tutela concedida al final. Por lo tanto, su finalidad es justamente de anticipar, provisoriamente, la ejecución de los efectos del provimento que sería concedido al final. Ejecución aquí debe ser comprendida en sentido amplio, comprendiendo no sólo la idea de ejecución forzada, pero también, incluso, los casos de ejecución impropia de los provimentos declaratorios y constitutivos. Por lo tanto, mejor que tomásemos la palabra ejecución en el sentido de eficacia.

Para la jurisprudencia brasileña la tutela anticipada no es medida de naturaleza asegurativa y de índole cautelar y ni visa la preservación del derecho reclamado para futura posibilidad del ejercicio:

Acción Rescisoria. Decisión que negó anticipación de los efectos de la tutela. Ausencia de ilegalidad del abuso de poder. Recurso improvisto. La tutela anticipatoria tiene por objetivo adelantar el proveimiento final, apreciándose *initio litis* el mérito del pedido. Proveimiento de cuño exauriente, aunque reversible. Imposibilidad de concesión de la medida *inaudita altera parte*. Inteligencia de los artículos 273 y 461, párrafo 3º, del Código de Proceso Civil. Inexistencia de ilegalidad o abuso de poder. Agravo regimental improvisto⁴⁸⁵.

Del cuerpo del fundamento de la referida decisión, consta que “la tutela cautelar no se confunde con la tutela anticipatoria”, haya vista que la tutela cautelar tiene por “garantizar la eficacia de la resolución jurisdiccional a ser dictada en el proceso principal, sin implicar su satisfactividad” mientras que la tutela anticipatoria pretende “adelantar el proveimiento final objeto del proceso principal, apreciándose *initio litis* el mérito del pedido y anticipando sus

⁴⁸⁴ RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Elementos de direito processual civil**. Vol. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 57-58.

⁴⁸⁵ TRF3ªR, Tribunal Regional Federal da Terceira Região. **Ag. Reg. em Ação Resc. nº 96.03.013493-7 / SP**. Relator Juiz Sinval Antunes. Julgado em 05 de junho de 1996. Publicado em 16 de outubro de 1996. Disponível em: <<http://www.trf3.jus.br>>. Acesso em: 29 ago. 2013.

efectos”. Se verifica, Finalmente, que “mientras la primera tiene carácter asegurativo, la segunda es de cuño agotador, aunque reversible”⁴⁸⁶.

A seguir una decisión del Tribunal de Justicia de Santa Catarina:

1 - Acción Cautelar Preparatoria. Plazo para enjuiciamiento de la acción principal. Código de Proceso Civil, artículo 806. Termo inicial en la fecha de la efectuación de la medida. Sentencia extintiva cazada. “Segun entendimiento reiterado de los tribunales, en tratándose de procedimiento preparatorio, la acción principal debe ser ajuizada en el plazo de treinta días a partir de la efectuación de la liminar”. [...]. 2 - Pleito de los demandantes que, en verdad, tiene carácter satisfactivo. Irrelevancia. Fungibilidad de las tutelas de urgencia. Código de Proceso Civil, Artículo 273, párrafo 7º. “[...] la doctrina y la jurisprudencia no conseguiron, desde la introducción del instituto de la tutela anticipada en el Código de Proceso Civil, en 1994, establecer un parámetro objetivo y unánimemente acepo de distinción entre la ‘tutela anticipada’ y la ‘tutela cautelar’. No obstante la discusión ser interesantíssima y relevantísima del punto de vista teórico, empezó a verificar que, en la práctica – se leía, en el día a día forense -, las incertezas de la doctrina pasaron a tener aptitud para causar perjuicio al jurisdiccional, lo cual, al bater en las puertas del Poder Judiciario, pasó a ver su pleito indeferido por cuestiones técnicas, formales, indiferentes al hecho que reclamaba a concesión de tutela jurisdiccional, independentemente de su nombre, naturaleza o criterio clasificatorio. No es desnecesario destacar que dejar de conceder tutela jurisdiccional a causa de su rótulo es clara contradicción de lo que aseguran los estudios del derecho procesal civil más recientes. El artículo 273, párrafo 7º, cuando analizado en su debido contexto, ni siquiera debe ser comprendido como un caso de fungibilidad de la ‘tutela anticipada’ en ‘tutela cautelar’ o lo contrario. A la luz del ‘modelo constitucional del proceso civil’ – y es este, cabe el énfasis, el contexto adecuado de examen del dispositivo legal -, el hipótesis se acerca mucho más a una indiferencia de técnicas procesales, tanto hace cual la técnica a ser empleada por el jurisdiccional y por el magistrado para, delante de cada caso concreto, tutelar (proteger) adecuadamente (inmunizar) situación de amenaza, presupuesto común entre una y otra técnica [...]”. (BUENO, Cassio Scarpinella. Curso sistematizado de derecho procesal civil. Vol. IV. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 119-143). “En los termos del artículo 273, párrafo 7º, del Código de Proceso Civil, se admite la fungibilidad entre las medidas cautelares y las anticipatorias de la tutela, siendo posible, por lo tanto, el recibimiento del pedido cautelar como anticipación de la tutela” [...]. “En lo actual práctica de la ciencia procesal, que busca el abandono de la forma en *prol* del contenido, el tránsito de medida cautelar no puede ser impedido por la simple contatación de que por medio de ella se busca provisiión satisfactiva [...]” [...]. *In casu*, hubo empleo del procedimiento común ordinario, lo que siquiera reclamaba adaptación de rito. Si mediante procedimiento cautelar (citación para respuesta en cinco días, etc.) el autor postula, de hecho, tutela anticipatoria (satisfactiva), el camino es examinar la urgencia, independentemente del rótulo dado por el requiriente, mas no se puede dejar de convertir el procedimiento cautelar en común, sea él ordinario o sumario. Con ese se garantiza acceso a una tutela jurisdiccional efectiva al autor, mas también se resguarda el debido processo legal, conferiendo al reo el derecho de controverter la pretensión Segun lo que determina la ley, porque el procedimiento cautelar sólo puede ser aplicable a las tutelas conservativas, que demandan posterior ingreso de acción principal, cuando preparatorias. Si propuestas en carácter incidental, no hay adecuación alguna a hacer, bastando su juntada a los autos del proceso en curso e su consecuente análisis por el juez. [...]”⁴⁸⁷.

⁴⁸⁶ TRF3ªR, Tribunal Regional Federal da Terceira Região. **Ag. Reg. em Ação Resc. nº 96.03.013493-7 / SP. Op. cit.**, p. 01.

⁴⁸⁷ TJSC, Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. **Ação Cível nº 2010.046465-2 (Acórdão)**. Primeira Câmara de Direito Público. Relator Paulo Henrique Moritz Martins da Silva. Julgado em 07 de agosto de 2012. Disponível em: <<http://app.tjsc.jus.br>>. Acesso em: 29 ago. 2013.

Hasta porque la tutela cautelar satisfactiva no se armoniza con el moderno ordenamiento procesal civil:

Procesal Civil. Medida cautelar inominada. Desvinculación de nombre de cuenta bancaria conjunta. No aprobación de la inicial en 1º grado. Inconformismo. Alegación de existencia de interés procesal. Medida cautelar que no guarda subordinación a la principal. Tutela cautelar satisfactiva. Inadecuación procedimental. Carência de acción. Sentencia terminativa mantenida. Llamamiento no provisto. La tutela cautelar satisfactiva no se coaduna con el hodierno ordenamiento procesal civil, que reserva a la tutela anticipada la obtención de los efectos prácticos de la provisión jurisdiccional que tiene como objeto el bien de la vida perseguido. Inexistiendo vinculación de la medida cautelar con la principal, resulta satisfactiva la tutela e inadecuado el procedimiento elegido, extinguiéndose el proceso por carencia de acción⁴⁸⁸.

Además, es importante enfatizar que, Segun Anna Carolina Resende de Azevedo Maia⁴⁸⁹, “la tutela anticipatoria puede ser concedida a cualquier momento, incluso cuando de la prelación de la sentencia, mas para tanto necesita de requerimiento de la parte”, cabe decir, “no hay tutela anticipada de oficio”. También la revocación de la anticipación de la tutela “puede ser hecho la cualquier momento, desde que debidamente fundamentada”.

La concesión de la tutela anticipada depende de la presencia de los siguientes requisitos: prueba inequívoca, vero semejanza de la alegación y fundado recelo de daño o de difícil reparación o quede caracterizado el abuso de derecho de defensa o el manifiesto propósito de postergación del reo. El párrafo 2º del artículo 273, acrecienta un requisito negativo, cual sea, el de la irreversibilidad de la medida⁴⁹⁰.

Dicho de otro modo, anticipación de la tutela necesita, además del *periculum in mora* y el *fumus boni iuris*, somados a la urgencia, de la prueba inequívoca que lleve al vero semejanza de la alegación, quiere decir, la probabilidad de existencia del derecho⁴⁹¹.

⁴⁸⁸ TJSC, Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. **Processo nº 2009.017919-9 (Acórdão)**. Quinta Câmara de Direito Civil. Relator Monteiro Rocha. Julgado em 18 de outubro de 2012. Disponível em: <<http://app.tjsc.jus.br>>. Acesso em: 29 ago. 2013. “Ementa: Apelação Cível. Ação Cautelar Inominada. Restabelecimento das condições derivadas de contrato de plano de saúde, rescindido pelo pagamento com atraso das mensalidades. [...]. Se por equívoco, o autor formula pedido de natureza cautelar (satisfativa), porém a hipótese é de tutela antecipada em ação autônoma, de cognição plena e exauriente, não há óbice que impeça o acolhimento da pretensão, forte nos dizeres do parágrafo 7º, do artigo 273, do Código de Processo Civil. 2 - Na ação de obrigação de fazer que objetiva a continuação das coberturas derivadas de plano de saúde, de inegável cunho personalíssimo, ocorrendo o óbito do autor, resulta inafastável a proclamação da perda do objeto e da conseqüente extinção do feito” (TJSC, Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. **Ação Cível nº 2011.017999-0 (Acórdão)**. Quarta Câmara de Direito Civil. Relator Jorge Luis Costa Beber. Julgado em 07 de março de 2013. Disponível em: <<http://app.tjsc.jus.br>>. Acesso em: 29 ago. 2013).

⁴⁸⁹ MAIA, Anna Carolina Resende de Azevedo. *Op. cit.*, p. 105.

⁴⁹⁰ MAIA, Anna Carolina Resende de Azevedo. *Op. cit.*, p. 105.

⁴⁹¹ LOPES, João Batista. **Tutela antecipada no processo civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 135-136.

Veo, a la anticipación de la tutela como un instrumento valido y substancial que hace a la concreción del ideal de la tutela judicial efectiva en ek tiempo adecuado para que la misma no se torne una declaración vacia proporcionar

El actor, por anticipación, el resultado práctico que busca alcanzar por medio del proceso. Es una medida de naturaleza satisfactiva, relativa a las obligaciones de hacer y no hacer, grabada, vía de regla, por la transitoriedad. Tiene como finalidad proporcionar mayor efectividad al principio de la razonable duración del proceso por la distribución del gravamen del tiempo entre las partes, llevando en consideración, para tanto, la plausibilidad del derecho alegato.

4.3 PRESUPUESTOS PROCESALES

A par de la discusión doctrinaria acerca de la naturaleza jurídica de la tutela anticipatoria, en los términos normativos se trata de la posibilidad del juzgador, a pedido de la parte, “anticipar, total o parcialmente, los efectos de la tutela pretendida en la petición inicial”, desde que, además del requisito del requerimiento de la parte y de la existencia de prueba inequívoca capaz de convencerlo del vero similitud de la alegación, haya fundado en el peligro del daño irreparable o de difícil reparación o quede caracterizado el abuso de derecho de defensa o el manifiesto propósito prorrogativo del reo (artículo 273 e incisos, del Código de Proceso Civil).

También figuran como requisitos a la concesión de la tutela anticipada la posibilidad de reversión del proveimiento anticipado (párrafo 2º, del artículo 273, del Código de Proceso Civil) y cuando uno o más de los pedidos, o parte de ellos, mostrarse irrefutable (párrafo 6º, del artículo 273, del Código y Proceso Civil).

En la forma del artículo 273, del Código de Proceso Civil, para conceder la tutela anticipatoria el magistrado debe, obligatoriamente, realizar ciertas acciones procedimentales: a) primeramente hay que analizar si existe prueba inequívoca suficiente para convencerlo de la verosimilitud de la alegación, pudiendo tomar una de las siguientes decisiones: a.1) si no verificar prueba inequívoca el magistrado decide por la denegación de la anticipación y manda proseguir en los trámites normales; y a.2) si se queda convencido de la verosimilitud de la alegación, antes tomar una decisión sobre la concesión o no de la medida, debe verificar la presencia de por lo menos una de las siguientes hipótesis: un efectivo recelo de daño irreparable o de difícil reparación; o abuso de derecho de defensa o manifiesto propósito

protelatorio del reo; la posibilidad de reversibilidad de la provisión anticipada; y cuando uno o más de los pedidos acumulados, o parcela de ellos, mostrarse irrefutable.

Aunque a la concesión de la tutela anticipatoria no sea suficiente la existencia de prueba inequívoca indicadora de verosimilitud, se trate un pre requisito concurrente inseparable⁴⁹²:

Anticipación de tutela. Necesidad de prueba inequívoca del alegato derecho y el convencimiento de la verosimilitud de la alegación hecha por la parte. Inexistencia de tales requisitos en el caso de los autos. Anticipación negada. Recurso improvido⁴⁹³.

Sean cuales sean a las situaciones, la decisión judicial de anticipación de la tutela deberá ser fundamentada con las razones de convencimiento del juzgador.

Los requisitos para la concesión de la tutela anticipatoria están enumerados expresamente en el texto del artículo 273, del Código de Proceso Civil, de forma bastante simple y de fácil comprensión, pero, es necesario que la interpretación se dé a partir de los principios constitucionalmente asegurados, aunque de modo implícito, de la razoabilidad y de la proporcionalidad, para que el hecho de, en un determinado caso, la medida anticipatoria se presente irreversible, no impida su concesión “se estuvieramos frente a un derecho evidente o urgente. La misma interpretación debe ser dada al requisito de la prueba inequívoca”⁴⁹⁴.

Con inspiración en el texto del artículo 273, del Código de Proceso civil, son abordados, en ese sentido, los siguientes presupuestos procesales considerados obligatorios a la concesión de la tutela anticipatoria: a) requisición de la anticipación de la tutela por la parte interesada; b) prueba inequívoca sobre la verosimilitud de la alegación; c) requisito negativo del peligro de la irreversibilidad de la medida; d) fundado recelo de daño irreparable o de difícil reparación; e) abuso de derecho de defensa o manifiesto propósito protectorio; f) incontroversia de pedidos; g) humo del buen derecho y peligro del retardo.

⁴⁹² Sobre os requisitos à concessão de tutela antecipada, o mesmo Superior Tribunal de Justiça entendeu do seguinte modo: “ementa: processual civil. Ação declaratória cumulada com restituição de indébito. Pedido de antecipação de tutela. Inexistência do requisito do perigo da demora. Pleito indeferido, recurso não conhecido. I - Se não há fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, nem está caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu, o juiz não pode deferir o pedido de tutela antecipatória, pois a razoabilidade das alegações formuladas pelo autor não conduz, por si só, à antecipação da tutela Jurisdicional. II - Recurso especial não conhecido” (BRASIL, Jurisprudência. **Recurso Especial nº 162780/SP (1998/0006444-3)**. Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Adhemar Maciel. Julgado em 09 de outubro de 1998. Publicado no DJ de 01 de fevereiro de 1999, p. 151. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 02 mai. 2013).

⁴⁹³ TJSP, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **AI nº 0114475-86.2011.8.26.0000**. Relator Franklin Nogueira. Julgado em 25 de outubro de 2011. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br>>. Acesso em: 01 set. 2013.

⁴⁹⁴ MAIA, Anna Carolina Resende de Azevedo. *Op. cit.*, p. 104.

4.3.1 Previa requisición de la anticipación de la tutela por la parte

El primero de los requisitos de la tutela anticipatoria es la necesidad de la parte requerirla, decurrente de la concretización del principio de la demanda del proceso brasileño, en los términos del cual cabe a la parte provocar el Poder Judicial⁴⁹⁵.

El principio de la demanda concierne a la posibilidad de las partes poner en funcionamiento la máquina judicial en busca de la tutela de sus intereses. La jurisdicción es inerte y, para su impulso, exige la provocación del interesado. Es ello que se denomina principio de la acción *nemo index sine actare*. Se refiere al poder de disponibilidad del propio derecho subjetivo de las partes, de donde se inscriben en el Código de Proceso Civil, las disposiciones de los artículos 2º y 128 de que “ningún juez prestará tutela jurisdiccional, sino cuando la parte o el interesado la requirir, en los casos y formas legales” y que “el juez quedará siempre ligado al pedido del actor, decidiendo la lid en los límites en que haya sido propuesta, siéndole defendido conocer de cuestiones no suscitadas, y cuyo respeto a la ley exija la iniciativa de la parte”.

El principio de la demanda se difiere del principio dispositivo, he aquí que este es relativo a los poderes de las partes disponer de la propia causa y de los medios probatorios a él correspondientes, mientras que el principio de la demanda confiere soberanía a los litigantes en la determinación de recorrer o no a la tutela jurisdiccional estatal y, en recorriendo, determinar las acciones a ser propuestas.

Cabe, en el caso, la observación de Ovídio A. Baptista da Silva⁴⁹⁶ de que “al titular del derecho cabrá decidir libremente si lo ejercerá o dejará de ejercerlo” en función de que “la compulsividad de ejercicio de una facultad legal o de un derecho subjetivo contradice el propio concepto de derecho” no pudiendo nadie ser constringido a defender sus intereses en juicio. Dicho de otro modo:

Por el denominado “principio de demanda”, el juez se queda limitado a los pedidos formulados por las partes, al paso que por el “principio dispositivo” el juez se queda contingenciado por la iniciativa de las partes cuanto al modo de conducción de la causa y cuanto a los medios de obtención de los hechos pertinentes a esa determinada lid⁴⁹⁷ (fragmento del original).

⁴⁹⁵ “Artigo 2º: nenhum juiz prestará a tutela jurisdiccional senão quando a parte ou o interessado a requerer, nos casos e forma legais” e “artigo 262: o processo civil começa por iniciativa da parte, mas se desenvolve por impulso oficial” (Código de Processo Civil).

⁴⁹⁶ SILVA, Ovídio A. Baptista da. 2002. *Op. cit.*, p. 64.

⁴⁹⁷ SILVA, Ovídio A. Baptista da. 2002. *Op. cit.*, p. 65.

Con efecto, el pedido de anticipación de la tutela debe ser hecho por la parte y no de oficio por el juez. En esa línea de pensamiento se insiere la doctrina de Teori Albino Zavascki⁴⁹⁸:

Segun dispone expresamente el artículo 273 del Código de Proceso Civil, la anticipación de la tutela depende de “requerimiento de la parte”, cabe decir, está sujeta ao principio dispositivo, no pudiendo ser concedida de oficio por el juez. Se considera parte, para ese efecto, quien está postulando la tutela definitiva cuyos efectos se busca anticipar, o sea, el autor, el reconvinte, el oponente, el sustituto procesual. En los casos de acción dúplice, en que la tutela definitiva podrá venir a ser conferida al reo, mismo sin reconvención, nada impide que, presentes los requisitos exigidos, venga él, reo, pedir medida anticipatoria en su favor (destaque del original).

Por lo tanto, en el entendimiento de Igor Menelau Lins y Silva⁴⁹⁹ algunas situaciones específicas pueden autorizar la concesión de oficio por el juez, argumentando que:

[...] la concesión de oficio de la anticipación de tutela, no viola el principio de la demanda y tampoco implica juzgamiento *ultra petita* o *extra petita*, puesto que el juez, al concederla, estará atado a la lid establecida por el pedido inicial. En ese contexto, la tutela anticipada de oficio deferida en el curso del proceso no hiere el principio de la demanda, de acuerdo, aún, con el principio: *da mihi factum, dabo tibi jus* (dame lo hecho, dartehe el derecho a aplicarse).

La jurisprudencia refleja la divergencia doctrinaria. Por ejemplo, para el Tribunal de Justicia de Sao Paulo, es inadmisibile la concesión de oficio de la tutela anticipatoria por ofender al artículo 273, del Código de Proceso Civil.

Derecho de vecindad. Acción de indemnización por daños materiales y morales. Tutela anticipada. Concesión de oficio. Inadmissibilidate. Recurso fornecido. La providencia anticipatoria concedida de oficio afrenta el dispuesto en el artículo 273, del Código de Proceso Civil, imponiéndose enfatizar que ningún juez prestará la tutela jurisdiccional si no cuando la parte o el interesado la requerir, en los casos y formas legales, en los termos del preceptuado en el artículo 2o del referido estatuto procesual⁵⁰⁰.

⁴⁹⁸ ZAVASCKI, Teori Albino. *Op. cit.*, p. 103.

⁴⁹⁹ SILVA, Igor Menelau Lins e. **A tutela antecipada e a possibilidade da concessão ex officio no processo civil brasileiro**. In: *Jus Navigandi*, ano 13, nº 2160. Teresina, 31 de maio de 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/12829/a-tutela-antecipada-e-a-possibilidade-da-concessao-ex-officio-no-processo-civil-brasileiro>>. Acesso em: 02 set. 2013. p. 02.

⁵⁰⁰ BRASIL, Jurisprudência. **Agravo de Instrumento nº 1271966001**. Trigésima Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator: Orlando Pistoresi. Julgado em 15 de julho de 2009. Publicado no DJ de 14 de agosto de 2009. Disponível em: <<http://esaj.tj.sp.gov.br>>. Acesso em: 02 mai. 2013.

Ya el Tribunal Regional Federal de la Tercera Región (Estados de Sao Paulo y Mato Grosso do Sul) se posiciona en el sentido de la posibilidad de concesión de tutela anticipada de oficio cuando presentes sus requisitos autorizadores:

Previdenciario. Jubilación por edad. Trabajadora rural. Asistenta. Qualificação profesional de compañero como labrador apuntada en documento expedido por órgano público. Extensión a la compañera. Comprobación. Beneficio debido. Honorarios de los abogados. Tutela anticipada de oficio. [...]. 5 - Recurso a que se niega fornecimiento, debiendo ser concedida tutela anticipada de oficio, he aquí que presentes sus requisitos autorizadores (artículo 273, del Código de Proceso Civil), mormente por tratarse de verba de carácter alimentar y considerando la edad avanzada de la parte autora (82 años) y su estado de salud extremadamente debilitado [...]⁵⁰¹.

Se percibe que principalmente tratándose de materias controvertidas involucran derechos de naturaleza alimentaria o previsional en que está en cuestión la subsistencia del justiciable, en el desígnio de salvaguardar la dignidad de la persona humana, los tribunales brasileños aceptan la concesión de tutela anticipada de oficio:

Previdenciario, Constitucional y Procesual Civil. Anticipación de tutela *ex officio*. Caso concreto. Posibilidad. Trabajador rural. Jubilación por edad. Prueba material y prueba testimonial. Valedad. Termo inicial. Honorarios de los abogados. 1 - En homenaje a la busca de una real y efectiva prestación jurisdiccional, conjugada con la necesaria inmediatez que el hecho concreto exige (la pretendiente al beneficio de naturaleza alimentar tiene sesenta y nueve años de edad), es viable la posibilidad de la concesión de la medida anticipatoria de oficio [...]⁵⁰².

A pesar de tratarse de un asunto aún controvertido, el hecho es que el texto del artículo 273, del Código de Proceso Civil, es claro y taxativo al expresar que “el juez podrá, a requerimiento de la parte, anticipar, total o parcialmente, los efectos de la tutela pretendida en el pedido inicial”.

4.3.2 Prueba inequívoca de la verosimilitud de la alegación

El segundo requisito a la concesión de la tutela anticipatoria es la prueba inequívoca en la medida del convencimiento del juez sobre la verosimilitud de la alegación. A pesar de

⁵⁰¹ BRASIL, Jurisprudência. **Apelação Cível nº 2005.03.99.013024-8/SP**. Nona Turma do Tribunal Regional Federal da Terceira Região. Relatora: Marisa Santos. Julgado em 04 de dezembro de 2006. Publicado no DJ de 27 de julho de 2007, p. 584. Disponível em: <<http://www.trf3.jus.br>>. Acesso em: 02 mai. 2013.

⁵⁰² TRF5ªR, Tribunal Regional Federal da Quinta Região. **Apelação Cível nº 345950 (2000.81.00.001652-0)**. Quarta Turma. Relator Luiz Alberto Gurgel de Faria. Publicado no DJ de 07 de março de 2005. Disponível em: <<http://www.trf5.gov.br>>. Acesso em: 20 ago. 2013.

este presupuesto poder ser desdoblado en “prueba inequívoca” y “verosimilitud de la alegación”, en la práctica no es posible la realización de uno sin la verificación del otro. Se trata de requisito donde el antecedente, que es la prueba inequívoca, lleva al conseqüente, cabe decir, a la verosimilitud de la alegación, produciendo como resultado el convencimiento de la probabilidad de existencia del derecho alegado por la parte demandante.

De hecho, cuanto a la forma son dos institutos jurídicos diferentes y contradictorios, pero cuando unidos componen el juicio de probabilidad, requisito obligatorio a la eventual concesión de tutela anticipatoria, que también dependerá de la ocurrencia de otros presupuestos que, diferentemente, son alternativos. Eso significa que no es posible conceder tutela anticipatoria, en hipótesis alguna, si no existir prueba inequívoca” que convenga el juzgador de la verosimilitud de la alegación.

Carlos Eduardo de Oliveira Holanda Júnior⁵⁰³ sintetiza el presupuesto de la prueba inequívoca de la verosimilitud de la alegación que considera obligatorio a la concesión de tutelas anticipatorias:

[...] el autor debe juntar a los autos, con su requerimiento, en regla prueba documental, pre constituida, de modo a convencer el juez de la verosimilitud de las alegaciones. La llamada prueba inequívoca consiste en prueba producida sobre el criba del contradictorio, no siendo necesariamente prueba documental. No se exige un juicio de certeza de las alegaciones del autor (solamente alcanzado tras una cognición exauriente), mas también no basta la mera posibilidad, plausibilidad, o humo del buen derecho (requisito de las medidas cautelares). Poderse iba a decir que la verosimilitud se encuentra entre estos de los, siendo un juicio de probabilidad de las alegaciones del autor hecho en la inicial. Luego, el juez mediante cognición sumaria, verificando prueba inequívoca que le convenga de la verosimilitud de las alegaciones del autor, y mediante el rellenamiento de los demás requisitos, podrá anticipar los efectos de la tutela.

La palabra “inequívoca” significa aquello que no deja dudas, que es claro, evidente, donde no hay equívoco⁵⁰⁴. Por lo tanto, en la interpretación del texto del artículo 273, del Código de Proceso Civil, la palabra “inequívoca” hay que ser debidamente ponderada, porque si utilizada en su sentido literal inviabilizaría el propio instituto de la tutela anticipatoria ya que no sería posible encontrar una prueba que sea revestida, de hecho, de esa calidad. En ese sentido así expone José Eduardo Carreira⁵⁰⁵:

⁵⁰³ HOLANDA JÚNIOR, Carlos Eduardo de Oliveira. *Op. cit.*, p. 06.

⁵⁰⁴ RODRIGUES, Diego; NUNO, Fernando. **Dicionário Larousse de Língua Portuguesa Mini**. São Paulo: Larousse do Brasil, 2005. p. 436.

⁵⁰⁵ ALVIM, José Eduardo Carreira. **Ação monitória e temas polêmicos da reforma processual**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. p. 164.

[...] la expresión inequívoca debe ser entendida en termos, por lo cuanto si inequívoco traduce aquello que no es equívoco o lo que es claro, o lo que es evidente, semejante calidad ninguna prueba, absolutamente ninguna, la reveste, pues, toda ella, cualquier que sea su naturaleza (*iuris tantum ou iuris et de iure*), pasa por el cribo del legislador todas las pruebas [...] si bien las consideradas, no son si no pruebas de verosimilitud, por lo que las consideraciones tejidas en torno de la verosimilitud pueden, hechas las debidas adaptaciones, ser aplicadas a la prueba inequívoca.

Las mismas ideas son presentadas por Rodolfo Pamplona Filho⁵⁰⁶, para quien no existe “prueba inequívoca”, explicando que:

Inequívoco es aquello que es cierto, preciso, sin posibilidad de error o engaño. Y tal característica, definitivamente, no se aplica a cualquier tipo de prueba, pues la propia prueba nada más es de lo que un elemento de convencimiento del juzgador que, hasta mismo por su condición humana, está sujeto a fallas y equívocos. Si la expresión es interpretada “a riesgo”, la anticipación de la tutela caerá en el vacío de la inutilidad, pues jamás un litigante podrá presentar en juicio una prueba contra la cual no se pueda oponer argumentos (destaque del original).

De ese modo, el motivo que llevó el legislador brasileño a adoptar la expresión “prueba inequívoca” cuando de la presentación de los requisitos a la concesión de la tutela anticipatoria fue abrir la posibilidad para el juez analizar la prueba producida previamente y con base en la posibilidad jurídica del derecho pleiteado, decidir o no, la plena concesión de la medida. Finalmente:

[...] cuando utilizamos la expresión “prueba previamente producida”, queremos referirnos a la hipótesis de que la parte traiga al juicio la mencionada prueba antes del encerramiento de la instrucción para pronunciación de la decisión del hecho, pues es óbvio que si vamos exigir que la prueba inequívoca sea aquella exigible para la manifestación sentencial, no hay necesidad de si hablar en anticipación de la tutela, pues lo que se estará otorgando es la propia tutela definitiva postulada⁵⁰⁷.

En la síntesis de Luiz Guilherme Marinoni y Sérgio Cruz Arenhart⁵⁰⁸ la prueba inequívoca” apta para convencer el juzgador de la verosimilitud de la alegación “solamente puede ser comprendida como la prueba suficiente para el surgimiento del verosímil, comprendido como no suficiente para la declaración de existencia o inexistencia del derecho”.

Con efecto, llevando en consideración que la ley no impone restricciones cuanto al tipo de prueba exigida y como la tutela anticipatoria puede ser diferida a cualquier tiempo,

⁵⁰⁶ PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Rápidas considerações sobre a antecipação da tutela como instrumento para a efetividade do Processo do Trabalho**. In: *Jus Navigandi*, ano 5, nº 51. Teresina, outubro de 2001. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/2087/rapidas-consideracoes-sobre-a-antecipacao-da-tutela>>. Acesso em: 02 set. 2013. p. 01.

⁵⁰⁷ PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Op. cit.*, p. 01.

⁵⁰⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. 2004. *Op. cit.*, p. 249.

nada impide, por ejemplo, que el juez acepte o determine la oída de testigos, la realización de examen pericial, requisite documentos o proceda la inspección judicial, aunque en el inicio del procesamiento, para poder formar su convencimiento sobre ese requisito⁵⁰⁹.

Al que aborda sobre la expresión “verosemejanza de la alegación”, es necesario destacar que la definición de “verosímil” está umbilicalmente atada a la apariencia de verdad, con todo, la alegación no precisa ser necesariamente verdadera. Significa decir que la “verosimilitud” puede o no ser “verdad”, con todo, la alegación de la parte deberá estar abastecida de fuerte probabilidad de verdad, no siendo suficiente su admisión, cabe decir, no comportando mero indicio. Conforme José Eduardo Carreira Alvim, la verosimilitud solamente será configurada cuando la prueba indicar para “una probabilidad muy grande” de que las alegaciones del litigante sean verdaderas⁵¹⁰.

En el análisis de la verosimilitud o no de las alegaciones, el juzgador deberá valerse de las máximas o reglas de experiencia, o sea, de aquello que normalmente ocurre. Las máximas o reglas de experiencia “son el conjunto de juicios fundados sobre la observación de lo que ordinariamente ocurre, pudiendo formularse en abstracto por todo aquel de nivel mental medio”⁵¹¹.

En las aseveraciones de Mirella D’Angelo Caldeira⁵¹², las máximas o reglas de experiencia se tratan, en verdad, “de un juicio de presunción realizado por el juez una vez que es él quien hará el examen de la verosimilitud, calcado en las reglas ordinarias de experiencia”, basado, por lo tanto, “en la observación de lo que habitualmente ocurre”. Dicho de otro modo, “tendrá el magistrado que servirse de los elementos presentados en la composición de lo que usualmente es acepto como verosímil”. En el mismo sentido así expone Rizzatto Nunes⁵¹³:

⁵⁰⁹ “Não há dúvida de que não é apenas a prova documental que permite a concessão da tutela antecipatória. Aliás, se a prova documental fosse a única a viabilizar a tutela antecipatória, o legislador não teria falado em prova inequívoca, mas teria logo dito, para encerrar o assunto, que somente a prova documental pode permitir a concessão da tutela antecipatória. A verossimilhança pode ser encontrada através de várias provas [...]” (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. 2004. *Op. cit.*, p. 250).

⁵¹⁰ ALVIM, José Eduardo Carreira. **Código de Processo Civil reformado**. 2. ed. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 1995. p. 145.

⁵¹¹ TJPR, Tribunal de Justiça do Paraná. **Agravo de Instrumento nº 0173612-5**. Oitava Câmara Cível (extinto TA). Relator Marques Cury. Julgado em 13 de agosto de 2001. Publicado no DJ de 31 de agosto de 2001. Disponível em: <<http://www.tjpr.jus.br>>. Acesso em: 02 set. 2013.

⁵¹² CALDEIRA, Mirella D’Angelo. **Inversão do ônus da prova**. In: *Revista de Direito do Consumidor*, nº 38, p. 166-180. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr./jun., 2001. p. 173.

⁵¹³ NUNES, Rizzatto. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 152.

[...] Es necesario que de la narrativa transcurra verosimilitud tal que en aquel momento de la lectura, desde pronto, se pueda aferir fuerte contenido persuasivo. Y, ya que se trata de medida extrema, debe el juez aguardar la pieza de defensa para verificar el grado de verosimilitud en la relación con los elementos traídos por la contestación. Y es esa la teleología de la norma, una vez que el final de la proposición la refuerza, al establecer que la base son “las reglas ordinarias de experiencia”. O, en otros términos, tendrá el magistrado de servirse de los elementos presentados en la composición de lo que usualmente es acepto como verosímil [...].

Candido Rangel Dinamarco⁵¹⁴ también analiza el requisito de la verosimilitud de la alegación en conjunto con el requisito de la “prueba inequívoca”, de cuya junción extrae el resultado “probabilidad”, mencionando que: “acercándose las dos locuciones formalmente contradictorias contenidas en el artículo 273, del Código de Proceso Civil, se llega al concepto de probabilidad, portador de mayor seguridad de lo que la mera verosimilitud”. Conteniendo esclareciendo que “las afirmativas pesando más sobre el espíritu de la persona, el hecho es probable; pesando más las negativas, él ya no es probable”. Y concluye:

La probabilidad, así conceptuada, es menos que la certeza, porque allá los motivos divergentes no se quedan alejados, mas solamente suplantados; y es más que la credibilidad, o verosimilitud, por la cual en la mente del observador los motivos convergentes y los divergentes comparecen en situación de equivalencia y, si el espíritu no se anima a asegurar, también no osa negar⁵¹⁵.

Kazuo Watanabe⁵¹⁶ atenta para el hecho de que “prueba inequívoca no es la misma cosa que (*fumus bonis iuris*) del proceso cautelar”. Acuerda que el juicio de verosimilitud o de probabilidad tiene diversos grados, que van desde lo más intenso hasta lo más tenue, para esclarecer que:

[...] el juicio fundado en prueba inequívoca, una prueba que convenga bastante, que no presente duda, es seguramente más intenso que el juicio asentado en simple humo, que solamente permite la visualización de mera silueta o contorno sombreado de un derecho.

El Superior Tribunal de Justicia al ser llamado para abordar la materia decidió que la aprobación de tutela anticipada con apoyo solamente en la demostración del *periculum in*

⁵¹⁴ DINAMARCO, Candido Rangel. 1995. *Op. cit.*, p. 02.

⁵¹⁵ DINAMARCO, Candido Rangel. 1995. *Op. cit.*, p. 02.

⁵¹⁶ WATANABE, Kazuo. **Obrigações de fazer e não fazer**. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). *Reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 33-34.

mora y del *fumus bonis iuris* “malhiere la disciplina del artículo 273, del Código de Proceso Civil”, a saber:

Tutela anticipada. Requisitos. Aprobación liminar. 1 aunque posible, en casos excepcionales, la aprobación liminar de la tutela anticipada, no se dispensa el llenamiento de los requisitos legales, así la “prueba inequívoca”, la “verosimilitud de la alegación”, el “fundado recelo de daño irreparable”, el “abuso de derecho de defensa o el manifiesto propósito protelatorio del reo”, además de la verificación de la existencia de “peligro de irreversibilidad del proveimiento anticipado”, todo en despacho fundamentado de modo claro y preciso. 2 - el despacho que aprueba liminarmente la anticipación de tutela com apoyo, apenas, en la demostración del *fumus bonis iuris* y del *periculum in mora* malhiere la disciplina del artículo 273 del Código de Proceso Civil, a la medida que deja de lado los rigurosos requisitos impuestos por el legislador para la salutar innovación traída por la Ley nº 8.952, de 13 de diciembre de 1994⁵¹⁷

Finalmente, el Código de Proceso Civil, al imponer el convencimiento judicial sobre la verosimilitud de la alegación, indica el camino de la ponderación de los puntos favorables y desfavorables que deben nortear el juzgador en la concesión de tutela anticipatoria. El equilibrio del análisis es de gran valía, razón por la cual el legislador, además de conferir discrecionalidad al magistrado, lo hizo de forma limitada, vinculándolo a la verificación de un conjunto de requisitos previstos expresamente en texto normativo (en el caso el artículo 273, del Código de Proceso Civil), cercando el instituto de la tutela anticipatoria de cuidados para no transformarlo en una regla de aparente de carácter obligatorio⁵¹⁸.

Lo que se destaca en importancia en el presupuesto de la existencia de la prueba inequívoca que convenga al juzgador de la verosimilitud de la alegación es que este requisito es obligatorio para la concesión de la tutela anticipatoria, pero no es suficiente, o sea, sin la referida prueba inequívoca no es posible anticipar los efectos de ninguna tutela pretendida en el pedido inicial, de la misma forma que apenas la existencia de la prueba inequívoca que convenga al juzgador de la verosimilitud de la alegación no autoriza la concesión de la medida. Así, para la concesión de la tutela anticipatoria, deberán estar presentes, siempre, por lo menos dos de los requisitos expresos en el artículo 273, del Código de Proceso Civil, cabe decir, el criterio de la existencia de la prueba inequívoca que convenga al juez de la

⁵¹⁷ STJ, Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 131.853 / SC**. Terceira Turma. Relator Carlos Alberto Menezes Direito. Julgado em 05 de dezembro de 1997. Publicado no DJ de 08 de fevereiro de 1999, p. 276. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 02 set. 2013.

⁵¹⁸ “Trata-se, pois, de forma de tutela jurisdicional diferenciada, que por isto mesmo deve ser considerada como excepcional. A tutela antecipada só poderá ser prestada nos casos em que se faça estritamente necessária, ou seja, nos casos em que esta for a única forma de prestação da tutela jurisdicional adequada à tutela do direito substancial. A tutela antecipada é, porém, espécie de tutela jurisdicional limitada. Isto porque não permite o integral atendimento da pretensão manifestada pelo autor” (CÂMARA, Alexandre Freitas. *Op. cit.*, p. 90).

verosimilitud de la alegación somado al criterio a por lo menos uno de los demás presupuestos, como lo del fundado recelo de daño irreparable o de difícil reparación, o lo del abuso de derecho de defensa o el manifiesto propósito protelatorio del reo; o lo del peligro de irreversibilidad del proveimiento anticipado; o cuando uno o más de los pedidos acumulados, o parcela de ellos, mostrarse indiscutible.

4.3.3 Peligro de la irreversibilidad de la tutela anticipatoria

El otro requisito a la autorización de la anticipación de la tutela es la reversibilidad de la decisión, cabe decir, es necesario verificarse, caso el proceso principal termine su curso con una sentencia desfavorable al actor, que tuvo el imaginado derecho asegurado por la tutela anticipatoria, será posible revertir la situación para el *status quo* ante, devolviendo al reo el bien equivocadamente entregue al actor por la concesión de la anticipación de la tutela.

Carlos Eduardo de Oliveira Holanda Júnior⁵¹⁹ recuerda que se habla en “requisito negativo” delante de la exigencia de que no exista ningún peligro de irreversibilidad de la anticipación de la tutela he aquí que “no se concederá la anticipación de la tutela cuando haya peligro de irreversibilidad del proveimiento anticipado” (párrafo 2º, del artículo 273, del Código de Proceso Civil).

En el entendimiento de José Eduardo Carreira Alvim⁵²⁰ “irreversible no es una calidad del proveimiento - en la medida en que toda decisión en un determinado sentido, comporta decisión en sentido contrario, mas de la consecuencia fáctica que de él resulta”, explicando que “es este resultado que podrá correr el riesgo de no ser repuesta en el *status quo ante* o no serlo en toda su inteireza, o serlo solamente a elevadísimo costo, que la parte por él beneficiada no tendría condiciones de soportar”. Para elucidar el asunto habla el siguiente ejemplo:

Se piensa en la hipótesis en que, para salvar la vida del paciente, se pida contra su voluntad, autorización judicial para amputarle una pierna. Nadie pondrá en duda que el provimiento será, en el caso, irreversible - además “irreversibilísimo” - admitiendo, cuando mucho, la sustitución de la pierna amputada por una mecánica, pero nadie negará también que, para salvar una vida, no se deba, ante el dispuesto en el párrafo 2º del artículo 273 del Código de Proceso Civil, amputar una pierna, por el simple hecho de que esa amputación pueda, en la sentencia final, revelarse precipitada. Igualmente, la irreversibilidad de la demolición⁵²¹ (destaque del original).

⁵¹⁹ HOLANDA JÚNIOR, Carlos Eduardo de Oliveira. *Op. cit.*, p. 17.

⁵²⁰ ALVIM, José Eduardo Carreira. 1996. p.164.

⁵²¹ ALVIM, José Eduardo Carreira. 1996. p.164.

Carlos Eduardo de Oliveira Holanda Júnior⁵²² también parece compartir de ese entendimiento al asegurar que a pesar de ser un requisito obrigatório, el presupuesto negativo del peligro de la irreversibilidad puede ser excepcionado en el caso de “irreversibilidad recíproca”. Así, si existir un “conflicto de irreparabilidad entre dos intereses jurídicos, el juez debe tutelar lo más relevante, aplicando el principio de la proporcionalidad”.

El Superior Tribunal de Justicia sigue esa línea interpretativa como se observa de la siguiente decisión:

Antecipación de Tutela. Tratamiento médico. Atropellamiento. Irreversibilidad del proveimiento. La regla del párrafo 2º, del artículo 273, del Código de Proceso Civil no impide la aprobación de la anticipación de la tutela cuando la falta del inmediato atendimento médico causará al lesionado daño también irreparable, aunque exista el peligro de la irreversibilidad del proveimiento anticipado. Recurso no conocido⁵²³.

Se verifica, por lo tanto, que para el Superior Tribunal de Justicia en el tocante a la irreversibilidad del proveimiento la interpretación de la norma debe ser hecha con razonabilidad, afirmando en otra ocasión que “el peligro de irreversibilidad del proveimiento anticipado, salvo hipótesis especialísimas, es óbice a su concesión”⁵²⁴. El relator Eduardo Ribeiro fundamentó su voto en el siguiente contexto:

Es verdad que también buena parte de la doctrina observa que el párrafo 2º del artículo 273 del Código de Proceso Civil, en determinadas circunstancias, bajo pena de tornar inaplicable el instituto de la tutela anticipada, debe ser interpretado con temperamento. Se citan hipótesis como la de la demolición de un imóvel, tumbado por el patrimonio público, que amenaza desmoronar; o la de la autorización para realizar una transfusión de sangre que puede salvar la vida de un niño, contra la voluntad de los padres, cuya la religión no permite tal tratamiento; o la de la amputación de la pierna de un paciente, contra su voluntad, como única forma de salvar su vida⁵²⁵.

Ya autores como Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart⁵²⁶ y Ovídio A. Baptista da Silva⁵²⁷ no están de acuerdo ni mismo con la inserción del requisito del “peligro

⁵²² HOLANDA JÚNIOR, Carlos Eduardo de Oliveira. *Op. cit.*, p. 17.

⁵²³ STJ, Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 417005/SP (2002/0023494-2)**. Quarta Turma. Relator Ruy Rosado de Aguiar. Julgado em 25 de novembro de 2002. Publicado no DJ de 19 de dezembro de 2002, p. 368. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 02 set. 2013.

⁵²⁴ STJ, Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 242816/PR (1999/0116421-4)**. Terceira Turma. Relator Eduardo Ribeiro. Julgado em 04 de maio de 2000. Publicado no DJ de 05 de fevereiro de 2001, p. 103. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 02 set. 2013.

⁵²⁵ Eduardo Ribeiro *in* STJ, Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 242816/PR (1999/0116421-4)**. *Op., cit.*, p. 01.

⁵²⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. 2004. *Op. cit.*, p. 272.

⁵²⁷ SILVA, Ovídio A. Baptista da. 2002. *Op. cit.*, p. 144-145.

de irreversibilidad del proveimiento anticipado” al texto del párrafo 2º, del artículo 273, del Código de Proceso Civil, bajo el argumento de que:

[...] si la tutela anticipatoria, en el caso del artículo 273, inciso I, del Código de proceso Civil, tiene por objetivo evitar un daño irreparable al derecho probable, no hay como no admitir la concesión de esa tutela bajo el simple argumento de que ella puede traer un perjuicio irreversible al reo. Sería como decir que el derecho probable debe siempre ser sacrificado delante de la posibilidad de perjuicio irreversible al derecho improbable⁵²⁸.

En este pensar, no existiría ninguna lógica en admitirse la concesión de la tutela anticipatoria fundamentada en recelo de daño irreparable o de difícil reparación bajo la justificativa de que su concesión puede traer perjuicio irreversible al demandado. En así ocurriendo “el derecho constitucional a la adecuada tutela jurisdiccional estaría siendo negado si el juez estuviese impedido de conceder tutela anticipatoria apenas porque corre el riesgo de causar perjuicio irreversible”⁵²⁹.

Al tratar del asunto Ovídio A. Baptista da Silva⁵³⁰ asevera que el legislador “exageró en la prudencia que debe orientar el magistrado en la concesión de las anticipaciones de tutela”, manifestándose en el sentido de que:

Puede ocurrir - y esta ocurrencia no es rara en la práctica forense - que el estado peligroso imponga al juez una opción entre alternativas capaces, en cualquier sentido que la decisión sea tomada, de generar riesgo de irreversibilidad de los efectos prácticos, sea esta reversibilidad decurrente del estado peligroso contra lo cual se busca la tutela, sea una irreversibilidad análoga provocada por la concesión de la medida. Puede ocurrir que el riesgo de irreversibilidad sea una consecuencia tanto de la concesión cuanto de la aprobación de la medida anticipatoria. Si la verosimilitud pesar significativamente en favor del autor, el magistrado estará autorizado a sacrificar el derecho improbable, en beneficio del derecho que se muestre más verosímil. [...]. Puede ocurrir igualmente que el índice de verosimilitud de ambos los derechos en conflictos sea equivalente, o presente diferencias poco significativas, mas uno de ellos tenga relevancia, para el ordenamiento jurídico, expresivamente superior a la de su antagonista. En este caso - ante la bilateralidad del riesgo de daño irreparable que podrá ocurrir siempre que la no concesión de la medida pueda causar también un daño irreversible al autor -, estará el juez autorizado a sacrificar el interés considerado menos relevante.

⁵²⁸ “Ora, mesmo antes da introdução da tutela antecipatória no Código de Processo Civil, admitia-se a concessão de tutela antecipatória, sob o rótulo de tutela cautelar, ainda que ela pudesse causar prejuízo irreversível ao réu. O Ministro Eduardo Ribeiro, em brilhante conferência proferida antes da “reforma do processo civil”, advertia que em algumas situações não há como não se aceitar o risco de eventual prejuízo ao demandado. É importante registrar sua ponderação: “uma situação angustiosa em que o juiz pode encontrar-se é exatamente quando isso se lhe depara: as duas soluções são irreversíveis. É o que sucede em apreensões de jornais. Ou se concede liminar, e o direito está plenamente satisfeito, não havendo como se recolher a edição, ou não se concede, e o direito terá sido irreparavelmente sacrificado, pois de nada adianta o jornal circular daí a muitos dias” (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. 2004. *Op. cit.*, p. 272).

⁵²⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. 2004. *Op. cit.*, p. 273.

⁵³⁰ SILVA, Ovídio A. Baptista da. 2002. *Op. cit.*, p. 144-145.

Frente al impas el Superior Tribunal de Justicia se posiciona en el sentido de que la exigencia de la irreversibilidad inserta en el parágrafo 2º, del artículo 273, del Código de Proceso Civil” es legítima desde que no sea llevada al extremo, porque puede inviabilizar la práctica de la anticipación de la tutela:

Procesal civil e tributário. Tutela antecipatória. Direitos patrimoniais. Concessão: possibilidade. Inteligência do artigo 273, do Código de processo Civil. Recurso não conhecido. I - A tutela antecipatória prevista no artigo 273, do Código de Processo Civil pode ser concedida em causas envolvendo direitos patrimoniais ou não-patrimoniais, pois o aludido dispositivo não restringiu o alcance do novel instituto, pelo que é vedado ao interprete fazê-lo. Nada obsta, por outro lado, que a tutela antecipatória seja concedida nas ações movidas contra as pessoas jurídicas de derecho público interno. II. A exigência da irreversibilidade inserta no parágrafo 2º, do artigo 273, do Código de Processo Civil não pode ser levada ao extremo, sob pena de o novel instituto da tutela antecipatória não cumprir a excelsa missão a que se destina. III - recurso especial não conhecido⁵³¹.

De modo similar el mismo Superior Tribunal de Justicia dictó la siguiente decisión, reafirmando y solidificando su interpretación sobre la materia:

Agravo regimental. Agravo de instrumento. Tutela antecipatória. Requisitos. Irreversibilidade da medida. Não caracterização. 1. A irreversibilidade da tutela antecipatória não é óbice intransponível a la concessão do adiantamento, pois, caso o autor seja vencido na demanda, deve indenizar a parte contrária pelos prejuízos que ela sofreu com a execução da medida. 2. Agravo regimental improvido⁵³².

En este caso, entran en escena los criterios de la proporcionalidad y de la razonabilidad habilitados para que juzgador pueda dictar decisiones siempre en el sentido más justo posible.

En el orden jurídico brasileño los criterios de la proporcionalidad y de la razonabilidad se fundieron en el principio de la proporcionalidad actualmente inserto implícitamente en la estructura normativa de la Constitución Federal Brasileña de 1988 junto a los demás principios generales orientadores de la interpretación de las reglas constitucionales e infraconstitucionales.

Una vez que una visión sistemática de la Constitución Federal Brasileña de 1988 permite auferir su existencia de forma implícita, deberá guiar el magistrado en la

⁵³¹ STJ, Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 144656/ES (1997/0052333-0)**. Segunda Turma. Relator Adhemar Maciel. Julgado em 06 de outubro de 1997. Publicado no DJ de 27 outubro de 1997, p. 54778. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 02 set. 2013.

⁵³² STJ, Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 528825/PR (2003/0115744-0)**. Sexta Turma. Relator: Paulo Medina. Julgado em 04 de dezembro de 2003. Publicado no DJ de 19 de dezembro de 2003, p. 737. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 02 mai. 2013.

interpretación y el legislador en la elaboración de normas jerárquicamente inferiores, no obstante no encontrarse explícitamente delineado.

No tratándose del principio general de derecho, el principio de la proporcionalidad no está orientado a actuar en esferas específicas, mas orienta una hermenéutica de la Constitución Federal de 1988 en su totalidad y, enseguida, transmite a interpretación de cada una de sus normas, inclusive del debido proceso legal realizado, en la esfera civil, por el Código de Proceso Civil.

4.3.4 Fundada sospecha de daño irreparable o de difícil reparación

El cuarto de los requisitos obligatorios a la anticipación de los efectos de la tutela es la fundada sospecha de daño irreparable o de difícil reparación, que consiste En el peligro de la demora. Conforme el inciso I, del artículo 273, del Código de Proceso Civil, el convencimiento de la probabilidad de existencia del derecho alegado por el demandante con fundada sospecha de daño irreparable o de difícil reparación, autoriza que el juez conceda tutela anticipatoria. Se trata de la “tutela de urgencia, que es adecuada cuando la demora en la entrega de la prestación jurisdiccional crea el riesgo de su inutilidad práctica En el plazo del proceso, o de su reducida efectividad”⁵³³.

Se destaca que este requisito autoriza la concesión inmediata de la tutela anticipatoria, vale decir, sin el acatamiento del procedimiento ordinario, “bajo pena de la imposibilidad de la propia prestación jurisdiccional pleiteada”⁵³⁴. Y aun cuando, no es suficiente alegar urgencia de la provimienta judicial de anticipación de la tutela y presentar como argumento la demora normal del curso del proceso; es preciso demostrar y convencer al juez del daño o perjuicio real que la eventual demora del trámite regular producirá. En el mundo de los hechos la anticipación de la tutela no puede ser transformada en regla obligatoria. Se trata de una excepción que solo se justifica mediante argumentos verdaderamente fuertes. Conforme Cândido Rangel Dinamarco⁵³⁵:

De fato, o que se quer hoje é uma prestação jurisdiccional que, mesclando qualidade com presteza, satisfaça da melhor forma e com a máxima rapidez, os conflitos apresentados para debate. Essa orientação pode levar, a la primeira análise, a la conclusão equivocada de que antecipar os efeitos da tutela é a regra. Na realidade

⁵³³ MAIA, Anna Carolina Resende de Azevedo. *Op. cit.*, p. 104.

⁵³⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Op. cit.*, p. 40.

⁵³⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. 1995. *Op. cit.*, p. 323.

não é assim. O processo civil com seus trâmites normais continua a existir e deve ser observado, salvo quando necessária a aplicação do instituto da antecipação. A antecipação da tutela, por el que se observa das exigências legais para a concessão, somente é cabível em casos excepcionais, pois nos outros há que se cumprir a regra que pressupõe a produção de los efeitos após a decisão e esta após o exercício do contraditório.

La fundada sospecha de daño irreparable o de difícil reparación por la demora de los trámites procesales normales es un hecho que justifica la anticipación de la tutela, pues la demora en el ofrecimiento de la tutela es un mal por si solo. No obstante, el daño del que habla la regla procesal civil comentada no es apenas evitar que el actor espere más tiempo, sino el daño concreto que devendría en el caso concreto por la espera que el trámite procesal normal produciría. Sobre la condición básica para la concesión de la tutela anticipada, José Joaquim Calmon de Passos⁵³⁶ observa que:

Disciplinando o processo cautelar, o artigo 798 do Código de Processo Civil⁵³⁷ fala em fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação. Espero que, por comodidade ou artimanha, não se tente ver identidade entre as duas situações. Na cautelar, o juiz analisa o risco de ineficácia da futura tutela provável. Na antecipação, o juiz analisa a necessidade de ser executada, de logo, provisoriamente, a decisão de mérito, que proferiu ou vai proferir, em condições normais sem aptidão para constituir-se título legitimador de execução provisória do julgado. Por isso mesmo, a cautelar requer exista ato da parte e dele derive o risco de dano, ao passo que, na antecipação, isso é de todo irrelevante, devendo o magistrado considerar apenas a necessidade de antecipação da eficácia do julgado porque, se não deferida, haverá risco de ocorrerem, para o autor, danos que serão eliminados, se antecipação houver. Risco objetivo, sem se considerar o comportamento do réu, sua culpa, seu dolo, sua contribuição para que os danos venham a existir. Analisa-se a situação do autor e exclusivamente ela, para, em razão de fatores objetivos, se concluir pela necessidade ou não da antecipação e essa necessidade só se verificará quando houver o fundado receio de que os danos ocorrerão.

Por fin, es preciso reafirmar que la fundada sospecha de daño irreparable o de difícil reparación exigido por el inciso I, del artículo 273, del Código de Proceso Civil a la concesión de la tutela anticipatoria no es presumido, debiendo ser comprobado en cada caso, pues puede suceder que el mismo pedido, asentado en la misma causa justifique “en un caso la anticipación de la tutela y en otro no”, pues en una situación puede suceder que exista de hecho la “necesidad urgente de gozar los efectos de la tutela, lo que puede no suceder para

⁵³⁶ PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Inovações no código de processo civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 17-18.

⁵³⁷ “Artigo 798: além dos procedimentos cautelares específicos, que este Código regula no Capítulo II deste Livro, poderá o juiz determinar as medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação” (Código de Processo Civil).

otro actor”⁵³⁸. Así decidió el Tribunal de Justicia del Estado de Minas Gerais sobre la cuestión:

Ementa: Agravo de instrumento. Ação revisional de contrato. Antecipação de los efeitos da tutela. Não-preenchimento de los requisitos autorizadores da concessão. Recurso improvido. Não se concede a antecipação da tutela, se restar demonstrado que não se encontra presente o requisito do fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação⁵³⁹.

Siendo así, para la concesión de la tutela anticipatoria se hace imperiosa la demostración de la fundada sospecha de daño irreparable o de difícil reparación, y desde que exista prueba inequívoca que convenza al juzgador de la verosimilitud de la alegación.

4.3.5 Abuso de derecho de defensa o manifesto propósito protectorio

De acuerdo con el inciso II, del artículo 273, del Código de Proceso Civil, a requerimiento de la parte el juzgador podrá anticipar, total o parcialmente, los efectos de la tutela pretendida en el pedido inicial, desde que, existiendo prueba inequívoca, se convenza de la verosimilitud de la alegación y quede caracterizado el abuso de derecho de defensa o el manifesto propósito protectorio del reo. Ese dispositivo versa sobre la denominada “tutela de evidencia”, que en la interpretación de Anna Carolina Resende de Azevedo Maia⁵⁴⁰:

[...] deve ser aplicada aos casos em que a alta probabilidade de ter razão o autor se impõe, desde logo, ao espírito do juiz, sendo razoável que àquele se outorgue, mesmo provisoriamente, a fruição desse bem durante o curso do processo ou, quando menos, a subtração desse desfrute ao réu.

En este sentido es la posición adoptada por o Superior Tribunal de Justicia, a saber:

Procesal civil. Administrativo. Ensino. Curso superior realizado no exterior. Exigência de revalidação do diploma por universidade pública brasileira. Derecho adquirido. Inocorrência. Dissídio jurisprudencial não demonstrado. Falta de cotejo analítico. Simples transcrição de ementas. Artigo 273 do Código de Processo Civil. [...]. 1. A tutela antecipada reclama prova inequívoca da verossimilhança da alegação e “ericiitação do derecho” ou “derecho evidente”, caracterizado por el “abuso do derecho de defensa” ou “manifesto propósito protelatório do réu” [...]. 6.

⁵³⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. 1997. *Op. cit.*, p. 198.

⁵³⁹ TJMS, Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul. **Agravo de Instrumento nº 6717 / MS (2006.006717-0)**. Terceira Turma Cível. Relator Rubens Bergonzi Bossay. Julgado em 26 de junho de 2006. Publicado no DJ de 13 de julho de 2006. Disponível em: <<http://www.tjms.jus.br>>. Acesso em: 06 set. 1013.

⁵⁴⁰ MAIA, Anna Carolina Resende de Azevedo. *Op. cit.*, p. 104.

Consectariamente, o requisito da prova inequívoca conducente a la verossimilhança do derecho evidente não se consumou, retirando a juridicidade da antecipação de tutela. [...] ⁵⁴¹.

El requisito del abuso del derecho de defensa o el manifesto propósito protectorio del reo debe ser analizado con especial atención por el magistrado, en tanto el derecho de defensa se asienta en el principio del contradictorio, sustentáculo del debido proceso legal. Naturalmente a parte autora, de buena fe, se considera onerada por tener que acionar el Poder Judicial para obtener el reconocimiento del que entiende ser su derecho y, por lo tanto, es comprensible que venga a pensar que cualquier defensa presentada por la otra parte sea abusiva o protectoria. Aun cuando la anticipación de los efectos de la tutela pueda ser diferida a cualquier tiempo, no parece posible que el juez venga a reconocer cualquier abuso o intento protectorio manifesto al menos antes de la respuesta del reo ⁵⁴².

Aun en los procesos “repetitivos”, actualmente comunes en torno de la actuación de los movimientos de fomento a la ciudadanía, a la defensa del consumidor o de contribuyentes, el juez no tiene como anticipar, en todos os aspectos, cual será a respuesta a la pretención deducida.

⁵⁴¹ STJ, Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 762.707 / RS (2005/0106848-3)**. Primeira Turma. Relator Luiz Fux. Julgado em 14 de agosto de 2007. Publicado no DJ de 20 de setembro de 2007, p. 225. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 02 mai. 2013. Sobre o mesmo tema: “Ementa: Processual civil. Embargos de Declaração nos Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Recurso Ordinário em Mandado de Segurança. Pressupostos. Artigo 535 do Código de Processo Civil. Litisconsorte passivo. Terceiro interessado. Ingresso em sede recursal. Impossibilidade. Supressão de grau de jurisdição. Caráter manifestamente protelatório. [...]. Abuso do direito de recorrer. Imediata produção dos efeitos, independentemente da publicação do acórdão. Precedentes do Supremo Tribunal Federal - STF. [...]. II - Tendo em vista a insuficiência dos argumentos utilizados pelos embargantes, bem como a ausência de fundamentação legal para sua oposição, evidencia-se o caráter meramente protelatório e até mesmo intimidatório do recurso integrativo, ao afirmar o embargante que ‘repise-se, é imperioso, e será embargado quantas vezes se fizer necessário, que seja feita a manifestação acerca da coisa julgada havida em RMS anterior, que dá direito ao embargante de permanecer no exercício da titularidade do serviço de registro imobiliário ventilado’ (folha 109), razão pela qual, impõe-se aplicar a multa prevista no artigo 538, parágrafo único do Código de Processo Civil, arbitrada em um por cento sobre o valor corrigido da causa. III - Os embargos de declaração, também denominados de ‘recurso integrativo’, devem calcar-se nos seus pressupostos, quais sejam: omissão, contradição ou obscuridade. A sua utilização não pode servir para achincalhar o rito processual. A sucessiva oposição do recurso, com o fito protelatório, onde o Embargante pretende reapreciar matéria exaustivamente apreciada anteriormente, só que desfavorável à sua pretensão, autoriza a produção dos efeitos do julgado, independentemente da publicação do acórdão embargado, pois a jurisprudência do Pretório Excelso encontra-se sensível quanto a este pormenor. [...]” (STJ, Superior Tribunal de Justiça. **Embargos de Declaração nos Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Recurso em Mandado de Segurança nº 2.331 / SP (1992/0029951-2)**. Quinta Turma. Relator Gilson Dipp. Julgado em 02 de outubro de 2001. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 02 mai. 2013) (grifos do original).

⁵⁴² THEODORO JÚNIOR, Humberto. 1997. *Op. cit.*, p. 198.

Por otro lado, se debe considerar que:

[...] o autor tem derecho a obter o afastamento do perigo que ameaça seu derecho. Não tem, todavia, a faculdade de impor ao réu que suporte dito perigo. A antecipação da tutela, em suma, não se presta a deslocar ou transferir risco de uma parte para a outra⁵⁴³.

De acuerdo a la vision de Ovídio A. Baptista da Silva⁵⁴⁴, el legislador procesalista, cuando outorgo al juez la facultade de anticipar los efectos de la tutela em los casos de abuso de derecho de defensa o manifesto propósito protectorio, no quiso munir la litigación temeraria de carácter punitivo, al contrario, pretendió dar más subsídios a la legitimación de la anticipación de la tutela. Así, “si el juez ya se inclinara por considerar verosimil el derecho, ahora, [...] se fortalece la conclusión de que el demandado realmente no dispone de ninguna contestación seria a oponer al derecho del actor”.

La verificación de abuso de derecho de defensa o manifesto propósito protectorio es un de los requisitos que juntamente con la existencia de prueba inequívoca que convenza el juez de la verosimilitud de la alegación autoriza la concesión de la tutela anticipatoria, aún más porque eleva el índice de verosimilitud del derecho del actor.

4.3.6 No controversia de pedidos

Poderá ser concedida la tutela anticipatoria también cuando uno o más pedidos acumulativos hechos por el actor en la demanda, en todo o en parte, se mostraran no controvertidos después de la contestación (parágrafo 6º, del artículo 273, del Código de Proceso Civil, inserido por la Ley en el 10.444, de 07 de maio de 2002).

Carlos Eduardo de Oliveira Holanda Júnior⁵⁴⁵ verifica que la doctrina tiene entendido, por regla, que en ese caso tecnicamente no se trata anticipación de tutela, sino de “juzgamiento final de parte del pedido o de los pedidos en sede de cognición agotadora”. Seria, así, una “resolución parcial de la causa o sentencia parcial de mérito” en una especie de “fraccionamento del juzgamiento de la causa, siendo una decisión definitiva de mérito, apta para hacer cosa juzgada, siendo efetivada en sede de ejecución definitiva y no provisória”.

⁵⁴³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. 1997. *Op. cit.*, p. 198.

⁵⁴⁴ SILVA, Ovídio A. Baptista da. 2002. *Op. cit.*, p. 143.

⁵⁴⁵ HOLANDA JÚNIOR, Carlos Eduardo de Oliveira. *Op. cit.*, p. 07.

Al analizar la cuestión Ovídio A. Baptista da Silva⁵⁴⁶ disiente de este entendimiento afirmando que el precepto normativo del parágrafo 6º, del artículo 273, del Código de Proceso Civil, no se armoniza con la definición de “pedido no controvertido” en la forma del artículo 334, inciso III, del Código de Proceso Civil⁵⁴⁷, argumentando que:

Se aceitássemos a identidade conceitual, então teríamos de ler este parágrafo como se ele dissesse que a tutela poderá ser antecipada quando os fatos sejam admitidos no processo como incontroversos. Neste caso, teríamos de pensar em tutela definitivamente concedida, não mais apenas antecipada. Se os fatos são incontroversos - e o direito conhece-o o juiz -, a tutela que vier a ser concedida não poderá mais ser desfeita pela sentença final, condição essencial para que se configure o conceito de tutela antecipada.

Identifica como principal peculiaridad de esa diferenciación el hecho de que en el artículo 334, inciso III, el legislador usar la expresión “hechos incontrovertidos” en cuanto que en el parágrafo 6º, del artículo 273, adopta la expresión “pedido incontrovertido”, siendo que en el caso comentado, de la disciplina de la tutela anticipatoria, “el reo al reconocer el pedido del actor, o uno de los pedidos acumulados en la petición inicial, o hasta mismo parte de ellos, no se hará más a instrução procesal sobre tal pedido” del que infere que frente de ello, el juez quedará “impossibilitado (preclusão judicial) de alterar a tutela antecipada, pues el proceso solo seguirá sobre la parte controvertida”⁵⁴⁸. A causa tendrá prosseguimento para a apreciação de las parcelas del pedido o de otros pedidos, eventualmente acumulados, que no se presenten incontrovertidos, a pesar de ello “el conflicto habrá sido reducido a las cuestiones litigiosas remanentes”⁵⁴⁹. En las explicaciones de Rogéria Dotti Doria⁵⁵⁰:

A prestação jurisdicional se impõe a partir del momento em que as partes concordam no que diz respeito ao pedido ou aos fatos que deram base ao pedido. Todavia, como não é possível ao órgão julgador apreciar imediatamente uma parte da lide através da sentença (ato judicial final) e deixar de analisar outras questões que dependam de instrução probatória, o caminho a ser adotado é a concessão de tutela antecipada.

⁵⁴⁶ SILVA, Ovídio A. Baptista da. 2002. *Op. cit.*, p. 134-135.

⁵⁴⁷ “Artigo 334: não dependem de prova os fatos: [...]; III - admitidos, no processo, como incontroversos; [...]” (Código de Processo Civil).

⁵⁴⁸ Por exemplo: se o autor de uma ação de indenização pleitear determinado valor R\$ 20.000,00 a título de danos materiais e R\$ 5.000,00 a título de danos morais, e o réu, no prazo da defesa, contestar apenas os danos morais, conclui-se, que o outro pedido (R\$ 20.000,00 a título de danos materiais) resta-se incontroverso, devendo o juiz conceder a tutela antecipada em relação ao ponto incontroverso, nos termos do referido parágrafo 6º do artigo 273, do Código de Processo Civil (BOIAGO JÚNIOR, José Wilson. **Da tutela antecipada em decorrência de pedido incontroverso**. In: *Jus Navigandi*, Teresina, ano 8, nº 415, 26 ago. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5629>>. Acesso em: 02 set. 2013. p. 01).

⁵⁴⁹ SILVA, Ovídio A. Baptista da. 2002. *Op. cit.*, p. 135.

⁵⁵⁰ DORIA, Rogéria Dotti. **A tutela antecipada em relação à parte incontroversa da demanda**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 82.

Además, la justificativa de la inserción de ese párrafo 6° al artículo 273, del Código de Proceso Civil, disponiendo que “la tutela anticipada también podrá ser concedida cuando uno o más de los pedidos acumulados, o parcela de ellos, se mostrase incontrovertido” fue agilizar la prestación jurisdiccional e impedir que el actor fuese forzado a esperar hasta la sentencia final para la realización de un derecho que no se mostraba más controvertido desde la contestación⁵⁵¹. Como recuerda Teori Albino Zavaski⁵⁵²:

Diferentemente das demais hipóteses previstas no artigo 273 do Código de Processo Civil, cuja função é a de estabelecer condições de convivência entre os princípios da segurança jurídica e da efetividade do processo eventualmente em colisão, a nova espécie de antecipação, que ocorre em cenário onde não existe o citado conflito, representa simplesmente uma ação afirmativa em benefício do princípio constitucional da efetividade e, mais especificamente, do direito fundamental explicitado no artigo 5º, inciso LXXVII, da Constituição Federal de 1988 (introduzido pela Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004), segundo o qual “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

En esos términos la anticipación de la tutela cuando uno o más de los pedidos acumulados, o parcela de ellos, se mostrase incontrovertido, resulta un importante instrumento para agilizar los procedimientos judiciales, en la medida en que permite a los justiciables una prestación jurisdiccional menos demorada y consecuentemente más eficaz y, siendo así, funciona como medio de garantía de la celeridad de la trámite procesal, concretizando el principio de la razonable duración del proceso.

4.3.7 A humo del buen derecho y el peligro de la demora

Las tutelas de urgencia, en general, intentan garantizar el proceso, asegurando, en la práctica, la celeridad y eficiencia en la respuesta del Estado a las pretensiones de los justiciables. Para tanto, dependen de la prueba del *fumus boni iuris* (humo del buen derecho) y del *periculum in mora* (peligro de la demora). No obstante, en el caso de la tutela anticipada, se impone la demostración inequívoca capaz de convencer al juez de la existencia de la verosimilitud de la alegación, más allá de la fundada sospecha de daño irreparable o de difícil reparación; o del abuso de derecho de defensa o el manifiesto propósito protectorio del reo; y todo eso, en caso que no se verifique el peligro de irreversibilidad del proveimiento anticipado.

⁵⁵¹ MARINONI, Luiz Guilherme. 2002. *Op. cit.*, p. 102.

⁵⁵² ZAVASCKI, Teori Albino. *Op. cit.*, p. 107-108.

Véase como el Tribunal de Justicia del Estado de Minas Gerais analizó y interpretó tal temática:

Agravo de instrumento. Procesal civil. Antecipação de los efectos da tutela. Ação ordinária. Matéria dependente de prova. Ausência de requisito do artigo 273 do Código de Processo Civil. Impossibilidade de antecipação. A tutela antecipatória, por constituir uma medida excepcional, já que importa na antecipação provisória de los efectos da própria solução definitiva que advém com a sentença, exige, ao contrário da tutela cautelar, requisitos muito mais rígidos para sua concessão. Assim, enquanto para a tutela cautelar bastam apenas o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, para a tutela antecipatória são necessários a prova inequívoca e o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação. Para se pretender a antecipação de los efectos da tutela é de se anexar prova que, por sua própria estrutura e natureza, gere a convicção plena de los fatos e juízo de certeza na definição jurídica respectiva, não sendo possível seu deferimento quando o entendimento do juiz depender da coleta de outros elementos probatórios. A alegação unilateral da parte autora, de que a parte ré tem a obrigação de prestar serviços médicos a la primeira, inexistindo, conseqüentemente, prova inequívoca desse fato, não autoriza a antecipação de los efectos da tutela⁵⁵³.

En la tutela anticipada el humo del buen derecho se traduce en el requisito del caput del artículo 273, del Código Civil de 2002, Segun el cual el “juez podrá, a requerimiento de la parte, anticipar, total o parcialmente, los efectos de la tutela pretendida en el pedido inicial, desde que, existiendo prueba inequívoca, se convenza de la verosimilitud de la alegación”. Ya el peligro de la demora está caracterizado en los incisos I y II del mismo artículo, donde consta que para la concesión de la tutela anticipatoria, más allá de la comprobación de la verosimilitud es preciso demostrar o la fundada sospecha de daño irreparable o de difícil reparación o el abuso de derecho de defensa o el manifesto propósito protectorio del reo.

Así, grosso modo, todos los requisitos a la concesión de la tutela anticipatoria se resumen en la comprobación del *fumus boni iuris* y en la demostración del *periculum in mora*.

4.4 NECESIDAD DE FUNDAMENTACIÓN

Para concluir este capítulo sobre los aspectos fundamentales de la tutela anticipatoria de los efectos de la sentencia, no se podría dejar de abordar la cuestión de la necesidad de la fundamentación de la decisión.

En la disposición del parágrafo 1º, del artículo 273, del Código de Proceso Civil, “en la decisión que anticipar a tutela, el juez indicará, de modo claro y preciso, las razones de su

⁵⁵³ TJMG, Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. **Agravo de Instrumento nº 0397408-7 / BH (67119)**. Terceira Câmara Cível. Relator Maurício Barros. Julgado em 11 de junho de 2003. Disponível em: <<http://www.tjmg.jus.br>>. Acesso em: 06 set. 2013.

convencimiento”; por su vez, el parágrafo 4º, del mismo dispositivo, expresa que “a tutela anticipada podrá ser revocada o modificada a cualquier tiempo, en decisión fundamentada”.

De ello se infiere que la legitimidad de los actos judiciales de concesión, de revocación o de modificación de la tutela anticipatoria depende de fundamentación. Si el juez no especifica los motivos, no puede conceder la tutela anticipatoria, ni revocar o modificar una decisión ya existente en ese sentido. En la ya citada decisión Superior Tribunal de Justicia por ocasión del Recurso Especial nº 131.853 / SC, juzgado en 05 de diciembre de 1997, consta que el deferimento de la tutela anticipada debe ser realizado “en despacho fundamentado de modo claro y preciso”⁵⁵⁴.

Más allá de las reglas del artículo 273, del Código de Proceso Civil, existe la regla general de la motivación de los actos judiciales del artículo 131 del mismo texto normativo, los términos de los cuales surge que el juez deberá apreciar libremente la prueba, teniendo en cuenta los hechos y circunstancias existentes en los autos aun cuando no hayan sido alegados por las partes, no obstante, “deberá indicar, en la sentencia, los motivos que le formaron el convencimiento”.

También el inciso IX del artículo 93 de la Constitución Federal de 1988 expresa en sede constitucional la exigencia de la motivación o fundamentación del convencimiento del juez, a saber:

Artigo 93: [...] IX - todos os julgamentos de los órgãos do Poder Judicial serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do derecho a la intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público a la informação; [...] (Constituição Federal de 1988).

Siendo así, toda decisión judicial, y entre ellas la de la anticipación de la tutela, debe ser fundamentada, pudiendo hasta ser concisa, mas nunca dejar de exponer de modo claro y preciso los fundamentos y la conclusión que determinar.

Presentados los aspectos fundamentales de la concesión de la tutela anticipatoria, el capítulo siguiente es destinado a la discusión específica de la cuestión central a la construcción de la tesis que presenta y defiende la anticipación de la tutela como protección a los principios constitucionales, sobre la máxima del debido proceso legal y la postura de que su concretización depende de la práctica del principio de la razonable duración del proceso,

⁵⁵⁴ STJ, Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 131.853 / SC**. *Op. cit.*, p. 01.

siendo la tutela anticipatoria uno de los medios legales de garantía de la celeridad de su trámite.

5 LA ANTICIPACIÓN DE TUTELA COMO PROTECCIÓN A LOS PRINCIPIOS PROCESALES

Este capítulo es dedicado al perfil funcional de la anticipación de tutela como protección y garantía del debido proceso legal. Se destaca que la anticipación de la tutela tiene por finalidad distribuir la carga de tiempo del proceso de modo igualitario y, siendo así, se traduce en una derivación del derecho fundamental del tratamiento isonómico ya que el tiempo insumido con el proceso no puede beneficiar apenas una de las partes. No se trata, por lo tanto, apenas de una cuestión de urgencia, sino un verdadero instrumento de protección de los principios constitucionales procesales, en la medida en que a distribución equitativa de cargas y el respeto de la igualdad de las partes otorga a la anticipación un sustento de justicia que permite ampliar a noción de peligro y intentar respetar un valor que también debe ser considerado en el momento de la decisión sobre a protección de un derecho.

La tutela anticipatoria se fundamenta en el derecho a la tutela jurídica adecuada, situándose, por lo tanto, en el ámbito del derecho fundamental al proceso justo, máxima que engloba todos los principios constitucionales procesales. Así, en cuanto instrumento de protección de los principios constitucionales procesales, su concesión no puede ser de modo discrecional; precisa respetar los límites legales.

Siendo así, las situaciones de conflicto derivadas de cualquier tipo de proceso, requieren una regulación jurídica previa que limite los poderes del Estado y establezcan el respeto a los derechos y obligaciones de los sujetos procesales, de manera que ninguna actuación de las autoridades dependa de su propio arbitrio, sino que se encuentren sujetas a los procedimientos normativos.

5.1 PRINCIPIOS QUE FUNDAMENTAN Y LIMITAN A CONCESIÓN DE LA TUTELA ANTICIPATORIA

El legislador procesal instituyó la tutela anticipatoria como instrumento de celeridad procesal en cuanto mecanismo de defensa contra el peligro de la demora del proceso común. Porém, para no ser concebida y utilizada como mero poder discrecional del juez, el propio legislador previó algunos límites a la su concesión, unos expresos en el Código de Proceso Civil, otros derivados de los principios procesales constitucionales que vinculan a actividad del magistrado.

Dentro de esos principios-limites, se destaca el principio de la necesidad y de la motivación de la decisión, el principio del contradictorio y amplia defensa y el principio de la razonabilidad-proporcionalidad. Conforme Roberto Omar Berizonce⁵⁵⁵:

No es suficiente que en el proceso se respete la garantía de la defensa de las partes; es necesario, además, que la sentencia que constituye su resultado, pueda ser justa. Para ello se requiere que la decisión se funde en una determinación verdadera de los hechos de la causa; el debido proceso presupone, entonces, la posibilidad de la búsqueda y reconstrucción de la verdad fáctica.

Con efecto, el juzgador no puede separarse de la análisis crítica de los hechos que le son presentados y del derecho material correspondiente, debiendo, también, trilhar el caminho del sopesamiento de la tutela anticipada con los posibles efectos irreversibles de la decisión que a concede, con el fin de garantizar, al final, a utilidad y a efectividad del proceso en la prestación jurisdiccional de calidad.

5.1.1 Principio de la razonabilidad-proporcionalidad: debido proceso legal

El debido proceso legal es una manifestación del Estado que busca proteger al judiciable frente a las actuaciones de las autoridades públicas (judiciales o administrativas), asegurando el respeto a las formas propias de cada proceso.

Los orígenes del principio en estudio se remontan a la *Magna Carta Libertatum* (Magna Carta inglesa de 1215), considerada la geneses normativa del constitucionalismo, que inicialmente hacía referencia al proceso *by the lawful judgement of his equals or by the law of the land*, o en la expresión original en latín *per legale iudicium parium suorum, vel per legem terrae* (“nadie puede ser procesado sino es mediante un juzgamiento regular por sus pares o en armonía con la ley del país”)⁵⁵⁶. El debido proceso legal surge para limitar los poderes del Estado.

⁵⁵⁵ BERIZONCE, Roberto Omar. **Tutelas de urgencia y debido proceso**. Hacia reconstrucción del proceso de cognición y su articulación con las tutelas de urgencia. p. 77-98. In: *Revista de Derecho Procesal: sistemas cautelares y procesos urgentes*, segunda parte. Dirigido por Ronald Arazi. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2010. p. 78.

⁵⁵⁶ BRINDEIRO, Geraldo. **O devido processo legal**. In: *Revista Jurídica Consulex*, vol. I, nº 9, set. 1997. p. 36.

Concordando con esto Olga Edda Ciancia⁵⁵⁷:

La idea originaria que tuvo el debido proceso fue, sin duda, la limitación al poder, pues el principio de la legalidad le otorgaba un principio de supremacía a las cámaras legislativas para subordinar las acciones del gobierno y de los juicios bajo el imperio de la ley y por ende el “debido proceso” no podía ser otro que el construido por las leyes [...]

Actualmente el debido proceso legal, o procedimiento legal justo, es concebido como el derecho a la justicia por medio del cual un procedimiento que no se esgota en un procedimiento formal de los trámites previstos en las leyes adjetivas, se entiende a la necesidad de obtener una rápida y eficaz decisión judicial, que coloque fin a los conflictos y situaciones de incertezas, evitando dentro de los límites de la razonabilidad, y conforme las circunstancias de cada caso una dispendiosa y eventualmente poco útil actividad jurisdiccional⁵⁵⁸. El jurista brasileño Nelson Nery Júnior⁵⁵⁹, al tratar del *due process of law*, así se manifiesta:

O princípio fundamental do processo civil, que entendemos como a base sobre a qual todos os outros se sustentam, é o devido processo legal, expressão oriunda da inglesa *due process of law*. A Constituição Federal de 1988 fala, expressamente, que ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal (artigo 5º, inciso LIV). Em nosso parecer, bastaria a la norma constitucional haver adotado o princípio do *due process of law* para que daí decorressem todas as consequências processuais que garantiriam aos litigantes o derecho a um processo e a uma sentença justa.

Continua informando que el *due process of law* es una especie de genero del cual son especies todos los demás principios constitucionales del proceso. En suas palabras:

Assim é que a doutrina diz, por exemplo, serem manifestações do devido processo legal o princípio da publicidade de los atos processuais, a impossibilidade de utilizar-se em juízo de prova obtida por meio ilícito, assim como o postulado do juiz natural, do contraditório e do procedimento regular⁵⁶⁰.

El debido proceso legal comprende un conjunto de principios procesales, a ejemplo de los principios de la legalidad, del juez natural, de la presunción de inocencia, del contradictorio y de la amplia defensa, los cuales constituyen verdaderos derechos fundamentales.

⁵⁵⁷ CIANCIA, Olga Edda Ciancia. **El debido proceso**. p. 139-151. In: ZORZOLI, Oscar A.; VELLOSO, Adolfo Alvarado. *El debido proceso*. Buenos Aires: Ediar, 2006. p. 140.

⁵⁵⁸ CIANCIA, Olga Edda Ciancia. *Op. cit.*, p. 140.

⁵⁵⁹ NERY JUNIOR, Nelson. 2004. *Op. cit.*, p. 60.

⁵⁶⁰ *Idem, ibidem*, p. 60.

La doctrina brasileira, aqui representada por Nelson Nery Júnior⁵⁶¹ y Luiz Fernando de la Silveira Gomes⁵⁶², via de regra, define el “debido proceso legal” en los sentidos: genérico-material (*substantive due process*) y procesal (*procedural due process*).

Para Nelson Nery Júnior⁵⁶³, el principio del debido proceso legal se caracteriza, genericamente, por el trinomio vida-libertad-propiedad, concibiendo que, es en ese sentido genérico, amplio, que la locución viene expresamente adoptada en la Constitución Federal Brasileña de 1988 (artículo 5º, inciso LIV⁵⁶⁴) que trata de la protección de la libertad y de los bienes.

Más allá del sentido genérico, tiene caracterización bipartida: a) incidencia substancial, la que se manifiesta en todos los campos del derecho material y b) procesal, que significa el deber de propiciar al litigante acceso efectivo a la tutela jurisdiccional. El debido proceso legal, en sentido procesal, embasa todos los demás principios del proceso (juez natural, contradictorio, de tener un defensor, decisión fundamentada, etc.)⁵⁶⁵.

En el escenario brasileño, el debido proceso legal es una garantía del ciudadano, constitucionalmente prevista en beneficio de todos, asegurando tanto el ejercicio del derecho de acceso al Poder Judicial, como el desarrollo procesal de acuerdo con normas previamente establecidas⁵⁶⁶.

Es considerado el más importante de los principios, siendo que asegurando este, resultarán garantizados los demás principios existentes en la Constitución Federal de 1988⁵⁶⁷. Según Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover y Cândido Rangel Dinamarco⁵⁶⁸:

O devido processo legal, como princípio constitucional, significa o conjunto de garantias de ordem constitucional, que de um lado asseguram às partes o exercício de suas faculdades e poderes de natureza procesal e, de outro, legitimam a própria função jurisdiccional.

⁵⁶¹ *Ibid*, p. 63-70.

⁵⁶² GOMES, Luiz Fernando da Silveira. *Op. cit.*, p. 11-20.

⁵⁶³ NERY JUNIOR, Nelson. 2004. *Op. cit.*, p. 70.

⁵⁶⁴ “Artigo 5º: todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à , à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; [...]” (Constituição Federal de 1988).

⁵⁶⁵ GOMES, Luiz Fernando da Silveira. *Op. cit.*, p. 15-16; NERY JUNIOR, Nelson. 2004. *Op. cit.*, p. 63 e seguintes.

⁵⁶⁶ PORTANOVA, Rui. *Op. cit.*, p. 145.

⁵⁶⁷ *Idem, ibidem*, p. 145.

⁵⁶⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Op. cit.*, p. 56.

Nelson Nery Júnior⁵⁶⁹, al tratar del tema, advierte que “la amplitud de la cláusula del debido proceso legal tornaría innecesaria cualquier otra dogmatización principiológica”. No obstante, reconoce que:

[...] é importante fixarem-se os critérios de incidência do princípio em suas variegadas manifestações, notadamente no que respeita aos limites dessa incidência, de sorte a não tornar os direitos e garantias fundamentais como direitos absolutos, oponíveis a tudo e a todos, pois tal irrestringibilidade não se coaduna com o Estado de Derecho nem atende ao interesse público.

En síntesis, en su concepción originaria y adjetiva, el principio del debido proceso legal no se orientaba a cuestionar la substancia o el contenido de los actos, sino a asegurar el derecho a un proceso regular y justo. En ese sentido, “se aplica la denominación *procedural due process*”. No obstante:

A partir de 1890, incorporou-se a la cláusula do *due process of law*, já na vigência da décima quarta Emenda a la Constituição americana, o sentido de proteção substantiva de los derechos e liberdades civis assegurados no *Bill of Rights*. A Suprema Corte de los Estados Unidos, por meio de construção jurisprudencial (*construction*) e baseando-se em critérios de razoabilidade (*reasonableness*), passou a promover a proteção de los derechos fundamentales contra ação irrazoável e arbitraria (*protection from arbitrary and unreasonable action*). Estas são, em síntese, às razões do desenvolvimento da teoria do *substantive due process*⁵⁷⁰.

Vease, por lo tanto, que el *substantive due process* o “debido proceso legal substantivo” se diferencia del debido proceso legal, por la inserción, en su concepto, de los principios los criterios de la razonabilidad y proporcionalidad.

Algunos autores diferencian la razonabilidad de la proporcionalidad, otros tratan los términos como similares, otros todavía, agrupan los dos términos en un único principio. Para entender esa confusión terminológica, es preciso hacer un breve apanhado histórico. De acuerdo con Luiz Roberto Barroso⁵⁷¹, el principio de la razonabilidad, en su origen y desarrollo, está ligado a la garantía del debido proceso legal, instituto ancestral del derecho anglosajón⁵⁷².

⁵⁶⁹ NERY JUNIOR, Nelson. 2004. *Op. cit.*, p. 71.

⁵⁷⁰ BRINDEIRO, Geraldo. *Op. cit.*, p. 36.

⁵⁷¹ BARROSO, Luís Roberto. **Os principios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito constitucional.** In: *Revista Forense*, v. 336, p. 125-136, ano 92, outubro-dezembro de 1996. p. 125.

⁵⁷² Importa considerar o que vem a ser “direito anglo-saxão” (costumeiro), que difere do “direito romano” (legislado), porque esses sistemas constituem as fontes de onde derivam duas tradições jurídicas praticadas no mundo ocidental: a) sistema romano-germânico: é legislado, de tradição jurídica romana, com origens na prioridade ao direito privado, na Lei das Doze Tábuas e é praticado hoje na Europa Central e na América Latina. Trata-se do *Civil Law* - direito codificado. b) o direito anglo-saxão é tradição jurídica inglesa do direito do rei, costumeiro, *common law*, com origens na

La matriz del principio de la razonabilidad se remonta a la cláusula *law of the land*, inscrita en la Magna Carta de 1215, utilizada para impedir a intromissão de la Coroa britânica en los negocios de las trece colonias de la América del Norte. Más tarde, en la forma de una cláusula más elástica (*due process of law*), consoante los moldes del sistema de *common law*, fue incorporada por las emendas 5ª y 14ª a la Constitución de los Estados Unidos de la América de 1787, en el sentido de que “ningún Estado privará a cualquier persona de la vida, libertad o propiedad sin el debido proceso legal”⁵⁷³.

Inicialmente, el *due process of law* o *procedural due process* figuraba apenas como una garantía dirigida a la regularidad del proceso penal, después extendida a los demás ramos del derecho, principalmente el de proceso civil y el de proceso administrativo⁵⁷⁴.

Con el pasar del tiempo, el principio del *due process of law*, se amplió para cohibir los desbordes del Poder Público no solamente cuanto a su estética procesal, pero también cuanto a su contenido, cuanto al mérito del acto estatal, pautándose en los parámetros de razonabilidad y racionalidad. Surge, entonces, el *substantive due process*⁵⁷⁵.

Así, al lado del principio de la igualdad frente a ley, la versión substantiva del debido proceso legal tornandose importante instrumento de defensa de los derechos individuales, ensejando el control del arbitrio del Poder Legislativo y de la discrecionalidad del Poder Ejecutivo. Por su intermedio se procede al “examen de razonabilidad (*reasonableness*) y de racionalidad (*rationality*) de las normas jurídicas y de los actos del Poder Público en general”⁵⁷⁶.

Las dos vertientes, no obstante, no se excluyen, siendo que se encuentran igualmente consagradas y se constituyen en legado de inequívoco valor del constitucionalismo presente en los demás sistemas jurídicos contemporâneos.

Por lo tanto, el principio del debido proceso legal, en los Estados Unidos, es marcado por dos grandes fases, que conviven hasta los días de hoje⁵⁷⁷.

Magna Carta inglesa de 1215 (*Magna Carta Libertatum* - considerada a gênese normativa do constitucionalismo), adotada mais tarde pelo direito norte-americano sob a forma da expressão *due process of law*, que reflète sobretudo o amor dedicado pelo povo anglo-saxão à Justiça Natural, pelo qual se destacava (BARROSO, Luís Roberto. *Op. cit.*, p. 125).

⁵⁷³ 14ª Emenda à Constituição dos Estados Unidos da América de 1787, aprovada em 21 de julho de 1868. BARROSO, Luís Roberto. *Op. cit.*, p. 125.

⁵⁷⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Op. cit.*, p. 125.

⁵⁷⁵ *Idem, ibidem*, p. 125.

⁵⁷⁶ BARROSO, Luís Roberto. *Op. cit.*, p. 125.

⁵⁷⁷ a) *procedural due process*: de caráter estritamente processual, rejeita expressamente qualquer conotação substantiva que permitisse ao Judiciário examinar o caráter injusto ou arbitrário do ato legislativo. Seu campo de incidência recaía no direito ao contraditório e à ampla defesa. O uso eminentemente processual do principio do devido processo legal avançou através dos anos na jurisdição da Suprema Corte americana no sentido de atingir novas áreas de abrangência, cuja

En el derecho de los países de tradição jurídica romano-germânica, a doutrina y a jurisprudencia, así en la Europa continental como en el Brasil, costumam hacer referencia, igualmente, al principio de la proporcionalidad, concepto que en linhas generales mantém una relación de fungibilidad con el principio de la razonabilidad, mas que de una forma o de otra, procuran garantizar derechos al ciudadano en fase de eventual arbítrio del poder estatal.

Aun cuando originarios de la misma Magna Carta inglesa de 1215, en Alemania y su sistema romano-germânico, el mismo adoptado en el Brasil, se desarrolló una concepción de razonabilidad pero amplia de aquel desarrollado en el derecho norteamericano. En 1971, el Tribunal Constitucional Federal alemán se pronunció del siguiente modo:

O meio empregado por el legislador deve ser adequado e exigível, para que seja atingido o fim almejado. O meio é adequado quando, com o seu auxílio, se pode promover o resultado desejado; ele é exigível quando o legislador não poderia ter escolhido outro igualmente eficaz, mas que seria um meio não-prejudicial ou portador de uma limitação menos perceptível a derecho fundamental⁵⁷⁸.

En la interpretación de Luiz Roberto Barroso⁵⁷⁹, la referida decisión del Tribunal Constitucional Federal alemán incorpora otros dos requisitos al principio de la razonabilidad norteamericano:

a) el de la exigibilidad o necesidad de la medida, también conocido como “principio de la menor injerencia posible” o “prohibición de los excesos”, en el sentido de que los medios utilizados para se abordar los fines propuestos deben ser los menos onerosos posibles para el ciudadano; y

b) el de la proporcionalidad, que se traduce en la verificaciónde la relación costo-beneficio de la medida, de la ponderación entre los daños causados y los resultados a ser obtenidos.

En la vertiente alemana, el principio de la razonabilidad es caracterizado a partir de tres requisitos:

cláusula expandiu seus efeitos da esfera processual penal, onde primeiramente atuava, para a seara da processualística civil, e posteriormente para todo o complexo de relações entre cidadão e Estado que informa os ditames da Administração Pública, absorvendo, paulatinamente, a característica de *substantive due process*; e b) *substantive due process*: de cunho substantivo, em defesa dos direitos individuais, ensejando o controle do arbítrio do Legislativo e da discricionariedade governamental, mediante o exame de razoabilidade e de racionalidade das normas jurídicas e dos atos do Poder Público em geral. O desenvolvimento e a afirmação desse principio marcam a ascensão do Judiciário, pois abriu espaço ao exame de mérito dos atos do Poder Público, com a redefinição da noção de discricionariedade. Foi construído sobre postulados de respeito pela liberdade do indivíduo, oscilou entre esta liberdade e as demandas da sociedade organizada (BARROSO, Luís Roberto. *Op. cit.*, p. 126).

⁵⁷⁸ BARROSO, Luís Roberto. *Op. cit.*, p. 129.

⁵⁷⁹ BARROSO, Luís Roberto. *Op. cit.*, p. 129.

a) de la adecuación, que exige que las medidas adoptadas por el Poder Público se muestren aptas para abordar los objetivos pretendidos (principio de la razonabilidad originario norte-americano);

b) de la necesidad o exigibilidad, que impone la verificación de la inexistencia de medio menos gravoso para el logro de los fines propuestos; y

c) de la proporcionalidad, que es la ponderación entre el onus impuesto y el beneficio traído, para constatar si es justificable la interferencia en la esfera de los derechos de los ciudadanos.

En la síntesis de Willis Santiago Guerra Filho⁵⁸⁰ “una medida es adecuada, si logra el fin esperado, exigible, por causar el menor perjuicio posible y finalmente, proporcional, si las ventajas que traerá superasen las desventajas”.

La doctrina brasileña, que en mucho se inspira en el conocimiento jurídico alemán, adhiere esta triple caracterización del principio de la razonabilidad, aquí conocido como “razonabilidad-proporcionalidad”, siendo que para aquellos que hacen diferenciación entre los dos principios, el de la razonabilidad se restringiría al criterio de la adecuación; el principio de la proporcionalidad en sentido amplio englobaría los criterios de la prohibición de los excesos y de la ponderación; y el principio de la proporcionalidad en sentido estricto sería el mismo que ponderación entre el onus impuesto y el beneficio traído.

Según Marcelo Alexandrino y Paulo Vicente⁵⁸¹, el principio de la razonabilidad-proporcionalidad no se encuentra expreso en el texto constitucional, sino que es un principio general de derecho, que debe ser aplicado a todos los ramos del derecho. Los criterios de la razonabilidad y de la proporcionalidad deben ser considerados, siempre, frente de situaciones concretas, en el contexto de una relación medio-fin.

De cualquier modo, independientemente de las eventuales distinciones entre razonabilidad y proporcionalidad, es coincidente la postura de que los criterios de la razonabilidad (adecuación) y de la proporcionalidad (necesidad y ponderación) son instrumentos de extrema relevancia en el ámbito del proceso civil.

La razonabilidad-proporcionalidad ofrece al operador del derecho una especie de “substancia lógica y coherente del sistema jurídico”, que implica en la “determinación de las prioridades y finalidades definidas posibles de ser comprendidas y ordenadas, reforzando el

⁵⁸⁰ Willis Santiago Guerra Filho *apud* BARROSO, Luís Roberto. *Op. cit.*, p. 129.

⁵⁸¹ ALEXANDRINO, Marcelo; VICENTE, Paulo. **Direito Administrativo descomplicado**. 16. ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2008. p. 204.

movimiento, actualización y perfeccionamiento del propio Poder Judicial y Estado Democrático de Derecho”⁵⁸². En las palabras de Beatriz Castilho Daniel⁵⁸³:

O princípio da razoabilidade, de um lado nos revela como instrumento de uma intensa produtividade para o desenvolvimento de uma interpretação progressista do texto constitucional, inibindo as decisões arbitrárias perpetradas por el Poder Público. Por outro, apreende-se a razoabilidade no sentido de ser utilizada por el operador do derecho, como forma de buscar a perfeita adequação, a idoneidade, a lógica e a prudência e a moderação no ato de interpretar as normas, buscando extirpar distorções, anomalias e absurdos decorrentes do arbítrio, afastando qualquer abuso do poder do magistrado.

Antonio Cláudio de la Costa Machado recuerda que:

[...] o instituto da tutela antecipatória, como um todo, quer na sua configuração específica (a dita “tutela específica” antecipada das obrigações de fazer do artigo 461, parágrafo 3º e, mais recentemente, a das obrigações de entregar coisa do artigo 461-A, parágrafo 3º), quer na sua configuração genérica (a “tutela antecipada” propriamente dita, a disciplinada por el artigo 273, sob qualquer de suas formas) representam o cumprimento rigoroso do ditame constitucional traduzido na cláusula do *due process of law* inserida no artigo 5º, inciso LIV⁵⁸⁴. Com efeito, a inserção no procedimento comum (ordinário ou sumário) de uma autorização genérica para que o magistrado antecipe, por decisão interlocutória, os efeitos fáticos da providência final de mérito, significa que o legislador infra-constitucional resolveu transformar o modo de ser do processo civil de 1973 para que este pudesse enfrentar a realidade dramática da lentidão da nossa Justiça, o maior fator de comprometimento da efectividad da tutela de los derechos⁵⁸⁵.

De ello se infiere que el legislador, en la búsqueda de “orden jurídica justa”, opto por la construcción de un proceso civil más justo, llamado de “justo proceso” o “debido proceso legal substantivo”, por medio de la institución de más una fase procedimental en el proceso común, en el sentido de eliminar, en situaciones especiales, el longo percurso procesal para alcanzar una solución, tornando el otorgamiento de la prestación jurisdiccional más racional y eficiente. Para abordar el objetivo de la racionalización de la concretización de la justicia, “se contraponen a la razonabilidad del condicionamiento de la anticipación, expresa en la

⁵⁸² DANIEL, Beatriz Castilho. **O princípio da razoabilidade na concessão da tutela antecipada**. Porte Alegre, 20 de fevereiro de 2006. Disponível em: <<http://www.viajus.com.br/viajus.php?pagina=artigos&id=395>>. Acesso em: 02 mai. 2013. p. 01.

⁵⁸³ DANIEL, Beatriz Castilho. *Op. cit.*, p. 01.

⁵⁸⁴ “Artigo 5º: todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à e, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]; LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; [...]” (Constituição Federal de 1988).

⁵⁸⁵ MACHADO Antônio Cláudio da Costa. **Devido processo legal e tutela antecipada**. In: *Revista Mestrado em Direito*, ano 6, nº 2, p. 83-95 Osasco, 2006. p. 87.

dependencia de cumplir dos requisitos vigorosos: el *fumus boni iuris* y el *periculum in mora*⁵⁸⁶.

En efecto, la anticipación de la tutela representa una dentro tantas otras formas de realización de la garantía constitucional del debido proceso legal como derecho al proceso justo, que dada su importancia y los riesgos de la utilización desmedida y abusiva, precisó ser asegurada en el texto del Código de Proceso Civil, como se vió cuando de la análise de los presupuestos limitadores a la concesión de la tutela anticipatoria.

Todos los demás principios aplicables al instituto de la tutela anticipatoria son corolários del principio del debido proceso legal fundado en la justicia de la decisión final. Se destaca, dentro echos, el del contradictorio y la amplia defensa y el de la necesidad y de la motivación de la decisión.

5.1.2 Principio del contradictorio y amplia defensa

El principio del contradictorio y amplia defensa deriva del principio del debido proceso legal. De hecho, el cumplimiento de la previsión constitucional del inciso LIV, artículo 5º, de que “nadie será privado de la libertad o de sus bienes sin el debido proceso legal”, abarca esencialmente el contradictorio y la amplia defensa del inciso LV, del mismo artículo, de que “a los litigantes, en proceso judicial o administrativo, y a los acusados en general son asegurados el contradictorio y amplia defensa, con los medios y recursos a ella inherentes”.

La amplia defensa significa que el justiciable tiene el derecho constitucionalmente asegurado de hacer uso de todo y cualquier instrumento lícito para defender el derecho que entiende possuir.

El contradictorio contiene el enunciado de que todos los actos y términos procesales (o de naturaleza procedimental) deben primar por el conocimiento bilateral de las partes, y por la posibilidad de tales actos ser contrariados con alegaciones y pruebas⁵⁸⁷, permitiendo, siendo así, la amplia defensa de los derechos de los envueltos.

En efecto, los elementos que componen el contradictorio engloban la amplia defensa, ambos indisociables del amplio concepto de debido proceso legal. El contradictorio es tenido mismo como el principio orientador del propio concepto de la función jurisdiccional⁵⁸⁸.

⁵⁸⁶ MACHADO Antônio Cláudio da Costa. *Op. cit.*, p. 88.

⁵⁸⁷ PORTANOVA, Rui. *Op. cit.*, p. 160-164.

⁵⁸⁸ SILVA, Ovídio A. Baptista da. 2002. *Op. cit.*, p. 70.

A la par de la garantía del contradictorio, la Constitución Federal de 1988 trae la garantía de la amplia defensa, también expresa en el texto del inciso LV, artículo 5º, y consiste en una derivación de la isonomía procesal, por exigir igualdad de condiciones en el conflicto.

De hecho, “para que la parte pueda establecer el contradictorio y ejercitar la amplia defensa, es necesario que esta tenga ciencia de los actos practicados por la parte contraria y por el juez de la causa⁵⁸⁹”.

Por lo tanto, el contradictorio en cuanto instrumento técnico para la efectivización de la amplia defensa “no es una generosidad, y sí un interés público.

Específicamente sobre la deliberación positiva del juez sobre la tutela anticipatoria requerida, sin oír a la parte contraria (contradictorio), al principio se podía afirmar que estaría infringiendo el principio del contradictorio y consecuentemente de la amplia defensa. Aún así lo que sucede no es la supresión del principio del contradictorio y la amplia defensa, sino apenas la reubicación de la referida oportunidad para el momento posterior a la deliberación del juez.

Se defiende la búsqueda de un equilibrio, por parte del juzgador, en el uso de las armas procesales disponibilizadas por el derecho procesal a la amplia defensa de los intereses de los envueltos en el ejercicio del derecho al debido proceso legal, observando, siempre, la aplicación material del principio constitucional de la igualdad procesal.

5.1.3 Principio-garantía de la motivación de las decisiones

El principio de la motivación de las decisiones está expresamente previsto en el artículo 93, inciso IX, de la Constitución Federal Brasileña de 1988, *in verbis*:

Artigo 93: lei complementar, de iniciativa del Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes principios: [...]. IX - todos os julgamentos de los órgãos do Poder Judicial serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito a la intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público a la informação; [...] (Constituição Federal de 1988).

Más allá de exigir la motivación, que es la fundamentación en razones de hecho y de derecho de las decisiones judiciales, el Constituyente de 1988 determina que sean nulas todas las decisiones que no cumplieren ese comando. Conforme Piedro Calamandrei⁵⁹⁰:

⁵⁸⁹ AMARAL, Júlio Ricardo de Paula. *Op. cit.*, p. 01.

A fundamentação da sentença é sem dúvida uma grande garantia da justiça quando consegue reproduzir exatamente, como num levantamento topográfico, o itinerário lógico que o juiz percorreu para chegar a la sua conclusão, pois se esta é errada, pode facilmente encontra-se, através de los fundamentos, em que altura do caminho o magistrado se desorientou.

Una decisión motivada indica “el entendimiento de las razones del juez, que es imparcial, y entender esa decisión, siendo que ello constituye tal principio en verdadeira garantia inerente al Estado de Derecho”⁵⁹¹.

El deber imperativo de la fundamentación de las decisiones es el punto de partida para a realización de objetivos relacionales, en una ponderación de componentes garantísticos y de democratización, que pueden variar de acuerdo con el tipo de decisión y de las circunstancias del caso concreto. Se trata de, de un lado, de un instrumento de protección jurídica y de control de la actividad del juez y, de otro, de un mecanismo de garantia de los justiciables.

La motivación es un derecho de las partes que emana de la democratización de los valores regulados por la Constitución Federal Brasileña de 1988. En términos generales, la fundamentación espone una forma de deducir expresamente la resolución tomada de las premisas en que asienta, o en extraer los motivos por que se resuelve de cierta manera, y no de otra. La fundamentación expone los argumentos que justificam la aplicación de determinadas normas a las circunstancias del caso concreto y la decisión del juez en cierto sentido.

En los términos del parágrafo 1º, del artículo 273, del Código de Proceso Civil, “en la decisión de anticipar la tutela, el juez indicará, de modo claro y preciso, las razones de su convencimiento”. Esa norma infraconstitucional seria innecessária a la luz de la exigencia del artículo 93, inciso IX, de la Constitución Federal de 1988, de que todas las decisiones judiciales sean fundamentadas bajo pena de nulidade⁵⁹².

Aunque, tal opción del legislador demuestra su preocupación en asegurar el contradictorio y amplia defensa dada a la excepcionalidad de la concesión de tutelas anticipatorias⁵⁹³.

Reafirmando la necesidad de la indicación clara y precisa de las razones del convencimiento del juez en la concesión de la tutela anticipatoria, estará garantizada la excepcionalidad de la medida a los casos en que se haga estrictamente necesaria, o sea, en las

⁵⁹⁰ Piedro Calamandrei *apud* AMARAL, Júlio Ricardo de Paula. *Op. cit.*, p. 01.

⁵⁹¹ AMARAL, Júlio Ricardo de Paula. *Op. cit.*, p. 02.

⁵⁹² CÂMARA, Alexandre Freitas. *Op. cit.*, p. 90.

⁵⁹³ *Idem, ibidem*, p. 90.

situaciones en que esta fuera la única forma de prestación de la tutela jurisdiccional adecuada a la tutela del derecho substancial⁵⁹⁴.

Frente a lo expuesto acerca de los principios que fundamentan y limitan a concesión de la tutela anticipatoria, se concluye que el instituto de la tutela anticipatoria solamente logrará su “justa medida” a la efectividad del derecho si su concesión fuera previamente ponderada por el criterio de la razonabilidad-proporcionalidad⁵⁹⁵.

Siendo así, es posible afirmar que la anticipación de la tutela es un instrumento de protección del debido proceso constitucional que significa “proceso justo”, que para su configuración requiere la práctica de la razonabilidad, la observación irrestricta del contradictorio y amplia defensa y a posibilidad real de acceso a la determinación probatoria de la verdad de los hechos relevantes, todo eso mediante la debida motivación de las decisiones por parte del juzgador.

5.2 CONFLICTO ENTRE GARANTÍAS: ANTICIPACIÓN DE TUTELA Y PRINCIPIOS PROCESALES

La dificultad emerge cuando surge colisión entre garantías constitucionales, en el caso la anticipación de tutela y algum principio procesal, como el contradictorio y amplia defensa, la efectividad de la prestación jurisdiccional y el acceso a la justicia.

Las “garantías constitucionales”, ampliamente consideradas, funcionan como presupuestos y bases “del ejercicio y tutela de los derechos fundamentales, al mismo paso que

⁵⁹⁴ *Ibid*, p. 90.

⁵⁹⁵ “Ementa: processual civil. Ação declaratória cumulada com restituição de indébito. Pedido de antecipação de tutela. Inexistência do requisito do perigo da demora. Pleito indeferido. Recurso não conhecido. I - Se não há fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, nem está caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu, o juiz não pode deferir o pedido de tutela antecipatória, pois a razoabilidade das alegações formuladas pelo autor não conduz, por si só, à antecipação da tutela jurisdiccional. II - Recurso especial não conhecido” (BRASIL, Jurisprudência. **Recurso Especial nº 162.780 / SP**. *Op. cit.*). “Ementa: agravo de instrumento. Antecipação de tutela negada. Discricionariedade. Ausência dos requisitos necessários à concessão. Razoabilidade da decisão fundamentada. Recurso improvido” (BRASIL, Jurisprudência. **Agravo de Instrumento nº 8073455600**. Décima Segunda Câmara de Direito Civil do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator: Ribeiro de Paula. Julgado em 03 de dezembro de 2008. Publicado no DJ de 16 de fevereiro de 2009. Disponível em: <<http://esaj.tj.sp.gov.br>>. Acesso em: 02 mai. 2013. p. 01). “Ementa: acidente de veículo. Indenização. Pensão provisória no percentual de 2/3 dos últimos salários das vítimas fatais. Caráter alimentar agravantes que tinham na renda dos falecidos o único sustento - estado de necessidade demonstrado requisitos da tutela antecipada preenchidos- recurso provido. Quando o risco da irreversibilidade afeta ambas as partes, a decisão deve pautar-se no risco que se mostra mais relevante, à luz dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, dispensando a tutela àquele que se revelar mais carente dela” (BRASIL, Jurisprudência. **Agravo de Instrumento nº 1149432007**. Vigésima Nona Câmara de Direito Civil do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator: Ferraz Felisardo. Julgado em 30 de janeiro de 2008. Publicado no DJ de 08 de fevereiro de 2008. Disponível em: <<http://esaj.tj.sp.gov.br>>. Acesso em: 02 set. 2013. p. 01).

rige, con protección adecuada, en los límites de la Constitución, el funcionamiento de todas las instituciones existentes en el Estado”, vale decir, “sirven como presupuestos de validez de los actos estatales, teniendo como objeto la protección de los derechos individuales y estructuras del Estado”⁵⁹⁶. De modo más específico, se concibe la garantía constitucional, como “garantía constitucional individual”, expresión usada por José Afonso da Silva⁵⁹⁷:

[...] para exprimir os meios, instrumentos, procedimentos e instituições de destinados a assegurar o respeito, a efetividade do gozo e a exigibilidade de los direitos individuais, os quais se encontram ligados a estes entre os incisos do artigo 5º, da Constituição Federal de 1988.

Sirve recuerde lo dicho por Celso Ribeiro Bastos⁵⁹⁸ los principios constitucionales son aquellos que guardan los valores fundamentales del orden jurídico. Eso solo es posible en la medida en que no pretenden regular situaciones específicas, sino lanzar su fuerza sobre todo el mundo jurídico. Esos principios, en cuanto garantías constitucionales, se introducen en el proceso y sus procedimientos. En este contexto, el proceso aflora como una de las formas de concretización de la justicia, razón por la cual todos los actos estatales (judiciales y administrativos) deberán estar sintonizados con las garantías constitucionales positivadas.

De acuerdo con Júlio Ricardo de Paula Amaral⁵⁹⁹, los principios procesales constitucionales establecen las reglas que orientan la relación jurídica procesal, tutelando derechos, atribuyendo onus a las partes y deberes al Estado, con el objetivo mayor de asegurar el regular desarrollo del proceso, garantizando al ciudadano el libre acceso al Poder Judicial, a fin de proteger o reparar daño a derecho, siendo juzgado por órgano competente, juez imparcial, a través de actos públicos, con pruebas lícitas y legítimas y con decisión fundamentada, protegiendo, a, los litigantes dentro del proceso, frente el Estado.

Con el pasar del tiempo, la ampliación del ámbito de actuación y de la protección de los derechos fundamentales desencadenó a posibilidad de conflictos entre principios. Nessas situaciones, de acuerdo con Ray Samuel Espíndola⁶⁰⁰, a eventual colisión no conduce a la exclusión del orden jurídico de una de las normas conflictuantes, o sea, existe incompatibilidad, a pesar de ello, no exclusión.

⁵⁹⁶ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 493.

⁵⁹⁷ SILVA, José Afonso da.. *Op. cit.*, p. 420.

⁵⁹⁸ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito financeiro e de direito tributário**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 106.

⁵⁹⁹ AMARAL, Júlio Ricardo de Paula. *Op. cit.*, p. 1.

⁶⁰⁰ ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Op. cit.*, p. 70. (grifos do autor).

En las sus palabras:

O aplicador do derecho opta por um de los principios, sem que o outro seja rechaçado do sistema, ou deixe de ser aplicado a outros casos que comportem sua aceitação. Ou seja, afastado um principio colidente, diante de certa hipótese, não significa que, em outras situações, não venha o “afastado” a ser “aproximado” e aplicado “em outros casos”. As testilhas entre principios não os excluem da ordem jurídica, apenas os afastam diante de situações que comportem diferentes soluções, segundo o peso e a importância de los principios considerados a la aplicação do derecho. Esse tipo de opção, por el intérprete, não gera desobediência ao principio afastado. Aqui, os conflitos entre principios se verificam na dimensão do peso, já que apenas principios válidos podem colidir entre si. Isso significa que, em cada caso, se armam diversos jogos de principios, de sorte que diversas soluções e decisões, em diversos casos, podem ser alcançadas, umas privilegiando a decisividade de certo principio, outras a recusando⁶⁰¹ (grifos do original).

Para resolver el impasse se hace necesario buscar un critério de proporcionalidad entre los valores discutidos en los autos, tomándose el núcleo esencial de protección máxima de cada principio y convergindo para un centro común, donde haverá a prevalencia de un sobre el otro. Ese sacrificio se impone, es necesario y adecuado para salvaguardar los otros principios. De esa forma, para que se evite a destruição de un principio por otro es que se hace imperiosa a busca de una solución jurídica para el caso concreto, en que se debe abrir mano del camino de la proporcionalidad.

Bajo ese aspecto, la proporcionalidad propicia el debido equilibrio, o mesmo un divisor para que en determinados casos haya prevalencia de un principio sin que esto importe en la negación del otro, o sea, haya un balanceo efectivo de los derechos en conflicto. Aun cuando:

[...] deve-se tomar o caminho da proporcionalidade em seus três sentidos: de adequação, exigibilidade e estrito. Assim, na análise de um caso concreto, onde se dará a preponderância de um principio sobre o outro, primeiramente, deve-se fazer uma relação de adequação entre a medida a ser adotada e o fim buscado (adequação); em seguida, o fim a ser alcançado deve atingir o mínimo possível o cidadão, impondo-lhe a menor desvantagem (exigibilidade); finalmente, no sentido estrito, faz-se uma avaliação se o meio utilizado é proporcional ao fim buscado, ou pesagem entre vantagens e desvantagens do escopo pretendido por el Poder Público⁶⁰².

Segun Robert Alexy⁶⁰³, en cuanto dos principios contradictorios pueden coexistir sin invalidarse, dos reglas contradictorias no pueden convivir. Recuérdese que la distinción entre reglas y principios se mostra claramente en las colisiones de principios y en los conflictos de reglas. El principio puede ser cumplido gradualmente, en cuanto a regla solo puede ser

⁶⁰¹ ESPÍNDIOLA, Ruy Samuel. *Op. cit.*, p. 70.

⁶⁰² DOMINGOS, Sérgio. **Conflito de principios e principio da proporcionalidade**. In: *Revista do Curso de Direito*, nº 1, vol. I, p. 23-25. Brasília-DF, Jan./jun. 2000. p. 30-31.

⁶⁰³ ALEXY, Robert. 2001. *Op. cit.*, p. 87.

cumplida integralmente. Común a las colisiones de principios y a los conflictos de reglas es el hecho de que dos normas, aplicadas independientemente, conducen a resultados incompatibles, vale decir, a dos juízos de “deber ser jurídico” contradictorios. Se diferencia, en la forma como se soluciona el conflicto.

Como consecuencia, la colisión de principios debe ser tratada de modo diferente de la colisión de reglas. En la primera hipótesis, uno de los principios debe ceder frente del otro. Eso no significa que el principio declinado será invalidado o que carece de cláusula de excepción. De ese modo, en determinadas situaciones uno de los principios sucumbirá al otro, y viceversa, dependiendo de la realidad discutida en los autos. Este conflicto se resuelve por la ponderación de los principios en el caso concreto, vale decir, en el caso concreto será ponderado, a cual principio debe ser atribuído mayor peso. Por lo tanto, no se puede saber previamente cual principio prevalecerá, no solamente después de ponderados en el caso concreto. Ya el conflicto entre reglas solamente puede ser resuelto si fuera introducida una cláusula de excepción en una de las reglas conflictuante o si como mínimo una de las reglas conflictuantes fuera declarada inválida⁶⁰⁴.

Un principio constitucional puede colisionar con tres tipos diferentes de reglas jurídicas: con una regla que no se basa en un principio constitucional; con una regla que se basa en un principio constitucional; o con una regla constitucional. Lo mismo sucede con principios infraconstitucionales, fundamentados en principios constitucionales. La solución a la situación de “colisión entre reglas y principios depende del tipo de la regla con cual el principio colisiona”, esto es, “no existe, a priori, prevalencia del principio sobre a regla o viceversa”⁶⁰⁵.

En el caso de la colisión entre un principio y una regla que no se basa en un principio constitucional, debe prevalecer el principio y la regla es considerada inconstitucional, o sea, “la violación de un principio pasa a ser más grave que la transgresión de una regla jurídica” siendo que las normas constitucionales “son vinculativas y tienen eficacia”⁶⁰⁶. Más aún, en la colisión de una regla, que se basa en un principio constitucional y un principio debe ser ponderado en cada caso, si prevalece a la regla o el principio. Cuando la colisión es entre regla constitucional con un principio, prevalece la regla constitucional.

⁶⁰⁴ KÖHN, Edgar. **Princípios e regras e sua identificação na visão de Robert Alexy**. In: *Boletim Jurídico*, ano V, nº 254, edição nº 188, 22 jul. 2006. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1440>>. Acesso em: 02 nov. 2013. p. 01.

⁶⁰⁵ KÖHN, Edgar. *Op. cit.*, p. 01.

⁶⁰⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 247.

En la hipótesis de violación de principios, Celso Antonio Bandeira de Mello⁶⁰⁷, enseña que:

Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma regra qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra.

Al analizar el asunto, Luiz Guilherme Marinoni⁶⁰⁸ aduce que “en el caso de conflicto de reglas, el problema es de validez, en cuanto que en la hipótesis de colisión de principios, la cuestión es de peso, esclareciendo que:

Quando há colisão de princípios, um deve ceder diante do outro, conforme as circunstâncias do caso concreto. Isso significa que, aí, não há como declarar a invalidez do princípio de menor peso, uma vez que ele prossegue íntegro e válido no ordenamento, podendo merecer prevalência, em face do princípio que o precedeu, diante de outro caso concreto. Esse juízo, pertinente ao peso de los principios, é um juízo de ponderação, que assim permite que os direitos fundamentais tenham efectividade diante de qualquer caso concreto, considerandos os principios que com eles possam colidir.

En suma, en la colisión de un principio con una regla constitucional, prevalece a regla; en la colisión de un principio, con la regla basada en principio constitucional debe ser ponderado en el caso concreto, cual norma prevalece, conforme el método aplicado en la colisión de principios; y en la colisión de un principio con una regla no basado en principio constitucional, prevalece el principio⁶⁰⁹.

En el mismo sentido es a opinión de Juan Cianciardo⁶¹⁰, al afirmar que tratándose de colisión entre dos principios constitucionales, el juez no juzgará la validez, pero sí el grado de pertinencia de cada uno de los principios en las condiciones concretas que deram lugar al caso. *A priori* el intérprete no puede dejar de aplicar ninguna de las normas de misma jerarquía, apenas decidirá por medio de un ejercicio de ponderación, la precedencia de una sobre la otra, mas sin anular aquella que no fue preferida la que, inclusive, podrá ser asegurada en el mismo proceso, en una escala menor o, en otro momento, ser considerada prioritaria. En sus palabras, con base en la doctrina de Robert Alexy:

⁶⁰⁷ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 923.

⁶⁰⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. 2004. *Op. cit.*, p. 226-227.

⁶⁰⁹ KÖHN, Edgar. *Op. cit.*, p. 01.

⁶¹⁰ CIANCIARDO, Juan. *Op. cit.*, p. 23.

[...] aplicará un principio, en el sentido de preferirlo, y no otro, para dejar en claro que su juicio de preferencia se vincula con las particulares circunstancias de la causa, de modo que en otro caso posterior, frente a otras circunstancias, aplicaría el principio que ahora resulta postergado. Esto no significa declarar inválido al principio desplazado ni que en el principio desplazado haya que introducir una cláusula de excepción.

De ese modo, en el conflicto entre anticipación de tutela (regla basada en principio constitucional) y principios constitucionales procesales se utiliza el mismo método aplicado en la colisión entran principios: “cuando dos principios entran en colisión - tal como es el caso en que un principio prohíbe y el otro permite -, un de los principios debe ceder ante el otro”. Como en los casos concretos los principios tem diferentes pesos, debe prevalecer aquel que tienen mayor peso-importância para la situación fáctica *sub judice*⁶¹¹.

En las explicaciones de Roland Arazi⁶¹², en el caso de colisión absoluta de derechos (normas de igual jerarquía), es posible desconsiderar o atenuar uno, privilegiando el otro que se estima de mayor peso en el caso concreto. Eso no quiere significar que se está a decir que uno de los derechos carece de validez y debe, entonces, ser eliminado del sistema jurídico, sino prescindir de él o atenuar su aplicación en el caso concreto, pues de lo contrario se vulneraría otro derecho también fundamental (de misma jerarquía), que para a situación específica en análisis se estima prioritario. Para echo, “es necesario determinar cuál de los intereses, abstractamente del mismo rango, tiene mayor peso en el caso concreto, partiendo de la premisa de que en no hay derecho ni principios absolutos”.

Los principios procesales poseen base constitucional y, por eso, constituyen derechos fundamentales de las personas. No obstante, en ciertos casos especiales surge la necesidad de debilitar la aplicación de algunos de esos principios a fin de garantizar derechos en aquele caso concreto específico, son considerados prioritarios. La tendencia camina en el sentido de la búsqueda de soluciones que privilegien, el criterio de la razonabilidad, y la justicia real y efectiva (adecuada, tempestiva y eficaz)⁶¹³.

5.3 APROBACIÓN DE LA ANTICIPACIÓN DE TUTELA PARA GARANTIZAR LOS PRINCIPIOS PROCESALES

Después de muchas discusiones y decisiones judiciales desencontradas respecto de la concesión de tutela anticipatoria enfrentada principalmente al principio del contradictorio y

⁶¹¹ ALEXY, Robert. 2001. *Op. cit.*, p. 89.

⁶¹² ARAZI, Roland. **Flexibilización dos principios processuales**. P. 109-127. *In: Revista de Derecho Procesal: volumen especial conmemorativo del bicentenario: el derecho procesal en víspera del bicentenario*. Dirigido por Roland Arazi. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2010. p. 113.

⁶¹³ ARAZI, Roland. 2010. *Op. cit.*, p. 115.

amplia defensa, actualmente ya se vienen reconociendo la tesis de que esas medidas, aun cuando se traten de formas de anticipación de la tutela concedida en el inicio del proceso, sin que la parte contraria sea oída (*inaudita altera parte*), “no violan, sino que simplemente postergan el ejercicio del contradictorio”. Además, ya es pacífica la postura de la “necesidad de ponderación entre principios constitucionales”⁶¹⁴. Recuerdese que la concesión de la tutela anticipada puede suceder en cualquier fase procesal, con la condición de verificar el cumplimiento de sus presupuestos.

De acuerdo con el inciso XXXV, del artículo 5º, de la Constitución Federal de 1988, “la ley no excluirá de la apreciación del Poder Judicial de una lesión o ameaça al derecho”. El objetivo de ese precepto fue autorizar textualmente la posibilidad de la concesión de tutela inhibitoria y tener a su disposición técnicas procesales capaces de permitir la tutela anticipatoria.

Sobre el asunto los jueces del Supremo Tribunal Federal han decidido de tres formas diferentes, construyendo tres corrientes interpretativas sobre a garantia de la tutela jurisdiccional en el caso de amenaza a un derecho⁶¹⁵.

La primera corriente de ideas, expuesta en el juzgamiento de la Acción Directa de Inconstitucionalidad nº 223 MC / DF⁶¹⁶, decisión de 05 de abril de 1990, por los votos vencidos de los ministros Paulo Brossard y Celso de Mello, sustenta que la ley que prohíbe la concesión de tutelas anticipatorias es inconstitucional porque viola el derecho garantizado por el inciso XXXV del artículo 5º, de la Constitución Federal Brasileña de 1988. El relator Paulo Brossard⁶¹⁷ argumento en su voto que:

[...] aceitar como constitucional a proibição da concessão de liminar em mandado de segurança ou de medida cautelar para defesa de derecho individual constitucionalmente assegurado, importaria em tratar a cláusula final do inciso XXXV do artigo 5º, da Constituição Federal de 1988.

⁶¹⁴ ARAUJO, José Henrique Mouta. **A colisão entre principios constitucionais em casos de liminares *inaudita altera parte* e as formas de solução**: análise de casos. *In: Evocati Revista*, nº 24, Aracajú, dez. 2007. Disponível em: <http://www.evocati.com.br/evocati/artigos.wsp?tmp_codartigo=180>. Acesso em: 02 nov. 2013. p. 01.

⁶¹⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. 2011b. *Op. cit.*, p. 10.

⁶¹⁶ STF, Supremo Tribunal Federal. **Ação Direita de Inconstitucionalidade nº 223 MC / DF**. Tribunal Pleno. Relator Paulo Brossard. Relator para o Acórdão Sepúlveda Pertence. Julgado no dia 05 de abril de 1990. Publicado no DJ de 29 de junho de 1990, p. 06218. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 02 nov. 2013.

⁶¹⁷ Paulo Brossard *in* STF, Supremo Tribunal Federal. **Ação Direita de Inconstitucionalidade nº 223 MC / DF**. *Op. cit.*, p. 01.

Más adelante destaca que:

Como o mandado de segurança se destina a proteger derecho líquido e certo, especialmente derecho individual constitucionalmente assegurado, ele não pode sofrer as restrições ora impostas, pois elas importariam, por via de consequência, em restrição de los demais direitos individuais de cunho e assento constitucional. Tãmanha relevância transindividual de los direitos fundamentais reclama uma tutela adequada, diferenciada e reforçada, de modo a possibilitar uma reparação direta e imediata. Daí porque se denomina “jurisdição constitucional das liberdades a esse tipo autônomo e diferenciado de tutela jurídica” (grifo do original)⁶¹⁸.

Al final, entendió conceder la cautelar solamente en relación al amparo para que este pueda ser empleado en la defensa de todo y cualquier derecho líquido y cierto, y particularmente de derecho individual constitucional el derecho fundamental, siendo que atrofiar la medida cautelar, en pleno régimen constitucional, dejaría sin protección una enorme variedad de derechos individuales de naturaleza y origen constitucional, el que resultaría en el desamparo de millones de personas entregadas a la propia inseguridad⁶¹⁹.

En otra ocasión, ahora en la Acción Directa de Inconstitucionalidad nº 295 MC / DF⁶²⁰, en la decisión de 22 de junio de 1990, Paulo Brossard reafirma que una ley que prohíbe la concesión de una medida cautelar en el amparo es inconstitucional. Paulo Brossard fue voto vencido juntamente con Celso de Mello y Carlos Velloso.

También para Celso de Mello la ley que prohíbe la concesión de cautelares es inconstitucional porque viola el inciso XXV, del artículo 5º, de la Constitución Federal de 1988. Conforme el voto de Celso de Mello⁶²¹, si el propio ordenamiento jurídico contiene instrumento de neutralización de la eventual lesividad derivada de la ejecución de medida cautelar, aun cuando sea dictada cautelarmente, “no veo como inhibir al Poder Judicial para conceder cautelares, en sede mandamental o cautelar, en los procedimientos judiciales instaurados en función de las medidas de política económico-financiera y monetaria del nuevo Gobierno”, y concluye:

A proteção jurisdicional imediata, disponível para situações jurídicas expostas a uma lesão atual ou potencial, não pode ser obstaculizada por um ato normativo de caráter

⁶¹⁸ Paulo Brossard *in* STF, Supremo Tribunal Federal. **Ação Direita de Inconstitucionalidade nº 223 MC / DF**. *Op. cit.*, p. 01.

⁶¹⁹ Paulo Brossard *in* STF, Supremo Tribunal Federal. **Ação Direita de Inconstitucionalidade nº 223 MC / DF**. *Op. cit.*, p. 01.

⁶²⁰ STF, Supremo Tribunal Federal. **Ação Direita de Inconstitucionalidade nº 295 MC / DF**. Pleno. Relator Paulo Brossard. Relator para o Acórdão Marco Aurélio. Julgado em 22 de junho de 1990. Publicado no DJU de 22 de agosto de 1997. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 02 nov. 2013.

⁶²¹ Celso de Mello *in* STF, Supremo Tribunal Federal. **Ação Direita de Inconstitucionalidade nº 223 MC / DF**. *Op. cit.*, p. 01.

infraconstitucional que, vedando o exercício liminar da tutela jurisdicional cautelar por el Estado, ocasione a aniquilação do próprio derecho material. [...]. Voto [...] pela concessão integral da liminar postulada⁶²².

Celso de Mello entiende que la prohibición de la concesión de cautelares vulnera el proceso cautelar, el que torna eventual ley en ese sentido inconstitucional en toda su extensión, inclusive bajo el aspecto del debido proceso legal.

En el mismo sentido fue el voto del relator Carlos Velloso en la Acción Directa de Inconstitucionalidad n° 295 MC / DF⁶²³:

Se a medida liminar é necessária, se estão presentes os seus pressupostos [...] não conceder a medida liminar é liquidar com a ação. Mandado de segurança no qual ocorrem os pressupostos da medida liminar, não concedida esta, é mandado de segurança inócuo, é mandado de segurança que não existe. [...] considero inconstitucional a lei ou medida provisória que suprime a medida liminar, porque esta lei ou medida provisória torna letra morta a ação constitucional do mandado de segurança.

Y concluye recordando que la Constitución Federal Brasileña de 1988, “al cuidar del principio de la no separación del conocimiento del Poder Judicial sobre cualquier lesión a un derecho” también establece que “la amenaza al derecho no puede ser substraída del conocimiento del Poder Judicial (inciso XXXV, del artículo 5º, de la Constitución Federal Brasileña de 1988)⁶²⁴.

Esa línea interpretativa fue adoptada por Nérida de la Silveira en la Acción Directa de Inconstitucionalidad n° 1.576 MC / DF⁶²⁵ al afirmar que el inciso XXXV del artículo 5º, de la Constitución Federal de 1988 está puesto en causa, en la demanda en juzgamiento (Acción Directa de Inconstitucionalidad n° 223 MC / DF) de una forma segun la cual se puede acoger la relevancia de su invocación, explicando que:

De fato, tal como posta essa norma, o que se pretende é restringir o exercício do derecho de acesso ao Poder Judicial, do derecho de ação em determinadas matérias, estabelecendo, antecipadamente, a inviabilidade da obtenção de qualquer medida.

Razón por la cual acompaña el voto de Celso de Mello para dictar la cautelar.

⁶²² Celso de Mello *in* STF, Supremo Tribunal Federal. **Ação Direita de Inconstitucionalidade n° 223 MC / DF**. *Op. cit.*, p. 01.

⁶²³ Carlos Velloso *in* STF, Supremo Tribunal Federal. **Ação Direita de Inconstitucionalidade n° 295 MC / DF**. *Op. cit.*, p. 01.

⁶²⁴ Carlos Velloso *in* STF, Supremo Tribunal Federal. **Ação Direita de Inconstitucionalidade n° 295 MC / DF**. *Op. cit.*, p. 01.

⁶²⁵ Nérida Silveira *in* STF, Supremo Tribunal Federal. **Ação Direita de Inconstitucionalidade n° 1.576 MC / DF**. Tribunal Pleno. Relator Marco Aurélio. Julgado em 16 de abril de 1997. Publicado no DJU de 06 de junho de 2003. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 02 nov. 2013.

En sentido contrario está la tesis que defiende la prohibición de la anticipación de la tutela, en ejemplo de Moreira Alves⁶²⁶, que en su voto en la Acción Directa de Inconstitucionalidad n° 223 MC / DF así se manifestó:

O proibir-se, em certos casos, por interesse público, a antecipação provisória da satisfação do derecho material lesado ou ameaçado não exclui, evidentemente, da apreciação do Poder Judicial, a lesão ou ameaça ao derecho, pois ela se obtém normalmente na satisfação definitiva que é proporcionada pela ação principal, que, esta sim, não pode ser vedada para privar-se o lesado ou ameaçado de socorrer-se do Poder Judicial.

Tiempo después, en la Acción Directa de Inconstitucionalidad n° 1.576 MC / DF⁶²⁷, el Ministro Moreira Alves⁶²⁸ consignó en su voto que la tutela anticipatoria no es un instituto constitucional, pues fue creada por ley y, “así como fue creada, al principio, sin ciertos limites, no veo por que no se pueda limitársela, principalmente aplicandole limitaciones del amparo”.

La tercera tesis, a su vez, defendida por Sepúlveda Pertence⁶²⁹, enuncia que no es correcto rechazar la constitucionalidad de toda y cualquier limitación legal al otorgamiento de una cautelar, debiendo la ley restrictiva ser analizada segun un criterio de razonabilidad. Sepúlveda no se coloca como opositor a condicionamientos y limitaciones legales al ejercicio del poder cautelar del juez, al revés, entiende que, en tesis, a vedar la concesión de cautelar no es inconstitucional, solo siendo así cuando la misma es irrazonable, enfrentando en principio constitucional del respeto al debido proceso legal.

En la Acción Directa de Inconstitucionalidad n° 223 MC / DF cuyo objeto fue una Medida Provisória que prohibió la concesión de cautelares en acciones que cuestionaban el Plan Economico del Gobierno Collor, de ese modo concluyó Sepúlveda Pertence:

[...] a solução adequada está no manejo do sistema difuso, porque nele, em cada caso concreto, nenhuma medida provisória pode subtrair ao juiz da causa um exame da constitucionalidade, inclusive, sob o prisma da razoabilidade, das restrições impostas ao seu poder cautelar, para, se entender abusiva essa restrição, se a entender inconstitucional, conceder a liminar, deixando de dar aplicação, no caso

⁶²⁶ Moreira Alves *in* STF, Supremo Tribunal Federal. **Ação Direita de Inconstitucionalidade n° 223 MC / DF**. *Op. cit.*, p. 01.

⁶²⁷ STF, Supremo Tribunal Federal. **Ação Direita de Inconstitucionalidade n° 1.576 MC / DF**. *Op. cit.*

⁶²⁸ Moreira Alves *in* STF, Supremo Tribunal Federal. **Ação Direita de Inconstitucionalidade n° 1.576 MC / DF**. *Op. cit.*, p. 01.

⁶²⁹ Sepúlveda Pertence *in* STF, Supremo Tribunal Federal. **Ação Direita de Inconstitucionalidade n° 223 MC / DF**. *Op. cit.*, p. 01

concreto, a la medida provisória, na medida em que, em relação àquele caso, a julgue inconstitucional, porque abusiva⁶³⁰.

Entre las posiciones adoptadas por los jueces del Supremo Tribunal Federal, la postura que mejor se compatibiliza con la defensa de la anticipación de la tutela como instrumento de protección de los principios constitucionales procesales, es aquel defendido por Celso de Mello⁶³¹, Carlos Velloso, Néri de la Silveira y Paulo Brossard, en el sentido de que el amplio acceso a la justicia, proclamado por la Constitución Federal de 1988 como norma constitucional de garantía, se traduce en la posibilidad de una invocación irrestricta al debido proceso legal. No obstante, en todas las Acciones Directas de Inconstitucionalidad citadas, los votos de esos ministros fueron vencidos, prevaleciendo la postura contraria, como se extrae de los fundamentos.

Por ejemplo, la decisión de la Acción Directa de Inconstitucionalidad nº 223 MC / DF, de 05 de abril de 1990 fue por el no dictado de cautelar, bajo el argumento del exceso de cautelares con resultados dañosos a la economía pública, en varias ocasiones de la vida nacional es que siempre motivaron las leyes que las impedían, en la salvaguarda de intereses mayores del país, a saber:

Ação Direta de Inconstitucionalidade contra a Medida Provisória nº 173, de 18 de março de 1990, que veda a concessão de “medida liminar em Mandado de Segurança e em ações ordinárias e cautelares decorrentes das medidas provisórias números 151, 154, 158, 160, 162, 165, 167 e 168”: indeferimento do pedido de suspensão cautelar da vigência do diploma impugnado: razões de los votos vencedores. Sentido da inovadora alusão constitucional a plenitude da garantia da jurisdição contra a ameaça a derecho: ênfase a la função preventiva de jurisdição, na qual se insere a função cautelar e, quando necessário, o poder de cautela liminar. Implicações da plenitude da jurisdição cautelar, enquanto instrumento de proteção ao processo e de salvaguarda da plenitude das funções do Poder Judicial. Admissibilidade, não obstante, de condições e limitações legais ao poder cautelar do juiz. A tutela cautelar e o risco do constrangimento precipitado a direitos da parte contrária, com violação da garantia do devido processo legal. Consequente necessidade de controle da razoabilidade das leis restritivas ao poder cautelar. Antecedentes legislativos de vedação de liminares de determinado conteúdo. Critério de razoabilidade das restrições, a partir do caráter essencialmente provisório de todo provimento cautelar, liminar ou não. Generalidade, diversidade e imprecisão de limites do âmbito de vedação de liminar da Medida Provisória nº 173, que, se lhe podem vir, a final, a comprometer a validade, dificultam demarcar, em tese, no juízo de deliberação sobre o pedido de sua suspensão cautelar, até onde são razoáveis as proibições nela impostas, enquanto contenção ao abuso do poder cautelar, e onde se inicia, inversamente, o abuso das limitações e a consequente afronta a plenitude da jurisdição e ao Poder Judicial. Indeferimento da suspensão liminar da Medida Provisória nº 173, que não prejudica, segundo o relator do acórdão, o exame judicial em cada caso concreto da constitucionalidade, incluída a razoabilidade, da aplicação da norma proibitiva da liminar. Considerações, em diversos votos, de los riscos da suspensão cautelar da medida impugnada⁶³².

⁶³⁰ Sepúlveda Pertence *in* STF, Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 223 MC / DF**. *Op. cit.*, p. 01.

⁶³¹ Celso de Mello *in* **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 223 MC / DF**. *Op. cit.*, p. 01.

⁶³² STF, Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 223 MC / DF**. *Op. cit.*

En ese juzgamiento prevaleció la postura de que, en principio, una ley general no sería inconstitucional por el hecho de hacer limitación al uso de tutela de urgencia, con el resguardo de que, verificada la eventual inconstitucionalidad de la restricción en el caso concreto, el conflicto será apreciada por el juez de primero grado, que podrá proveer la tutela de urgencia. Prevaleció, siendo así, la postura de Sepúlveda Pertence, para quien no existe inconstitucionalidad en el hecho de la ley general hacer una limitación, resguardado que el no otorgamiento de la cautelar no perjudica el examen, en cada caso concreto, de la razonabilidad de la aplicación de la norma proihibitiva de la cautelar. Dicho de otro modo, para el Supremo Tribunal Federal Brasileño, en la voz del ministro Sepúlveda Pertence, cuando el magistrado se enfrente a una restricción infraconstitucional a la concesión de tutelas anticipatorias, deberá realizar casuísticamente y de forma difusa el examen de constitucionalidad, para aplicar a restricción y negar la cautelar o reconocer la inconstitucionalidad y conceder la medida de urgencia⁶³³.

En la Acción Directa de Inconstitucionalidad nº 1.576 MC / DF, de 16 de abril de 1997 se decidió que es inconstitucional considerar la caución a la concesión de cautelar, o de cualquier otra medida de naturaleza anticipatória, sin perjuicio de que la concesión pudiese ocasionar un daño a la persona jurídica de derecho público:

Tutela antecipada. Servidores. Vencimentos e vantagens. Suspensão da medida. Prestação jurisdicional. Ao primeiro exame, inexistente relevância jurídica suficiente a respaldar concessão de liminar, afastando-se a eficácia do artigo 1º da Medida Provisória nº 1.570 de 1997, no que limita o cabimento da tutela antecipada, empresta duplo efeito ao recurso cabível e viabiliza a suspensão do ato que a tenha formalizado por el Presidente do Tribunal a quem competir o julgamento deste último. Liminar. Prestação jurisdicional antecipada. Caução. Garantia real ou fidejussória. Na dicção da ilustrada maioria, concorrem a relevância e o risco no que o artigo 2º da Medida Provisória nº 1.570 de 1997 condicionou a concessão da liminar, ou de qualquer medida de caráter antecipatório, a la caução, isso se do ato puder resultar dano a pessoa jurídica de derecho público. Sentença. Eficácia. Ação Civil Pública. Em principio, não se tem relevância jurídica suficiente a la concessão de liminar no que, mediante o artigo 3º da Medida Provisória nº 1.570 de 1997, a eficácia *erga omnes* da sentença na ação civil pública fica restrita aos limites da competência territorial do órgão prolatado⁶³⁴.

En la Acción Directa de Inconstitucionalidad nº 295 MC / DF, de 22 de junio de 1990 quedó decidido de la siguiente forma:

⁶³³ Sepúlveda Pertence *in* STF, Supremo Tribunal Federal. **Ação Direita de Inconstitucionalidade nº 223 MC / DF**. *Op. cit.*

⁶³⁴ STF, Supremo Tribunal Federal. **Ação Direita de Inconstitucionalidade nº 1.576 MC / DF**. *Op. cit.*

Acción Directa de Inconstitucionalidad. Medida provisional. Pertinencia. En la dicción de la ilustrada mayoría, admisible es la acción directa de inconstitucionalidad contra medida provisional. Acción Directa de Inconstitucionalidad. Liminar. La concesión de liminar presupone la relevancia del pedido y el riesgo de mantenerse con plena eficacia el precepto de ley atacado. Eso no ocurre relativamente a acto normativo por medio de lo cual se veta, en ciertas materias, la concesión de medida acauteladora por el Poder Judicial, imponiéndose el juicio definitivo de la lid⁶³⁵.

Para el Supremo Tribunal Federal “la simple prohibición de concesión de cautelar en determinadas situaciones el materias no se revela de afronta al principio de la protección judicial efectiva”⁶³⁶.

En la interpretación de Orlando Luiz Zanon Junior⁶³⁷ la postura adoptada por el Supremo Tribunal Federal “causa perplejidad” por de los razones: a) implica admitir que el juez puede reconocer, en sede difusa, la inconstitucionalidad de precepto considerado constitucional en la vía concentrada y abstracta de compatibilidad vertical, lo que es incompatible con el sistema concentrado de constitucionalidad establecido por la Constitución Federal de 1988; b) franquear al magistrado la posibilidad de reconocer o negar la validez de la restricción a la concesión de tutela anticipada de acuerdo con las peculiaridades de cada caso, significa admitir que la regla restrictiva es válida para algunos casos y no para otros, en ofensa directa al derecho fundamental de la igualdad.

De eso se infiere que la posición adoptada por el Supremo Tribunal Federal no encuentra sucedáneo en el sistema de control de constitucionalidad brasileño. La admisión de la posibilidad de establecerse, por ley, prohibiciones genéricas a la concesión de tutelas anticipatorias, implica encargo de coherencia cuanto a la extirpación de protección judicial para ciertas lesiones o amenazas de derecho.

Se concluye, por lo tanto, que para evitar el riesgo de dejar lesión o amenaza de derecho sin la debida protección jurisdiccional, es necesario reconocer la inconstitucionalidad de las prohibiciones genéricas a la concesión de tutelas anticipatorias, “haya vista que ofende la garantía de la protección judicial efectiva, mormente cuanto a la salvaguarda de la duración razonable del proceso”, pues:

[...] primeiro, excluye de la apreciación judicial la tutela de amenaza de derecho, en la medida en que impide el empleo de las técnicas de amparo célere, las cuales visan la preservación del derecho postulado y la inhibición del abuso del derecho de

⁶³⁵ STF, Supremo Tribunal Federal. **Ação Direita de Inconstitucionalidade nº 295 MC / DF**. *Op. cit.*

⁶³⁶ ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Inconstitucionalidade das vedações genéricas à concessão de tutelas sumária**. In: *Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina - ESMESC*, vol. 19, nº 25, p. 207-225. Florianópolis-SC: ESMESC, 2012. p. 219.

⁶³⁷ ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. *Op. cit.*, p. 220.

defensa en sentido amplio; y, segundo, rompe la simetría entre las partes en el diálogo procesal, al crear beneficio irreversible en favor del integrante del polo pasivo, impasible de adecuarse por el magistrado delante de las peculiaridades del caso⁶³⁸.

Al investigar sobre la constitucionalidad de norma infraconstitucional que prohíbe la concesión de tutelas anticipatorias, Luiz Guilherme Marinoni⁶³⁹ sustenta que la legislación infraconstitucional, mismo que pueda delimitar el derecho de acción por medio del establecimiento de condiciones para su ejercicio, bien como disciplinar los procedimientos, “no puede, bajo pena de lesión al principio constitucional, impedir el derecho de acción, negar el derecho de postulación de una tutela urgente” el “establecer procedimiento, cognición, proveimiento y medios ejecutivos inadecuados a una determinada situación conflictiva concreta”.

Para Orlando Luiz Zanon Junior⁶⁴⁰, las prohibiciones infraconstitucionales genéricas a la concesión de tutelas sumarias son inconstitucionales, pues:

[...] subtraen a la apreciación judicial ciertos perjuicios o amenazas de lesión, en flagrante ofensa a la garantía de la protección judicial efectiva, además de instruir un desequilibrio (disparidad de armas) entre los litigantes, calcándose apenas en su posición en uno de los polos procesales (el pasivo), independentemente de las peculiaridades concretas del caso y de la presencia de los requisitos que autorizan la modificación del ónus por el retardo del proceso.

También para João Batista Lopes⁶⁴¹ el legislador infraconstitucional es competente para disciplinar la materia y indicar los requisitos necesarios para la obtención de la tutela anticipatoria, con todo, “no puede prohibir genericamente la tutela de urgencia, ni complicarle el ejercicio”.

A seguir son citadas algunas decisiones de los tribunales brasileños en el sentido de que la anticipación de la tutela no ofende a los principios constitucionales del contradictorio y amplia defensa, al revés, funciona como instrumento de protección de los principios constitucionales procesales.

Anticipación de tutela. Reajuste de 11,98%. No aceptación. Preliminar de ofensa a los principios constitucionales del contradictorio y amplia defensa. Rechazada. 1 – La posibilidad de concesión de liminar, *inaudita altera parte*, no atenta contra las garantías constitucionales del contradictorio y de la amplia defensa. Preliminar rechazada. 2 - Es partir el entendimiento, de las Primera y Segunda Turmas de este Tribunal, de que, en hipótesis como la en causa, además de no hacerse presentes los

⁶³⁸ ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. *Op. cit.*, p. 223.

⁶³⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. 2011a. *Op. cit.*, p. 168.

⁶⁴⁰ ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. *Op. cit.*, p. 218-219.

⁶⁴¹ João Batista Lopes *apud* ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. *Op. cit.*, p. 216-217.

requisitos establecidos por el artículo 273 del Código de Proceso Civil, obsta la anticipación de la tutela la norma inscrita en el artículo 1º de la Medida Provisória nº 1.570 de 1997, convertida en la Ley nº 9.494 de 1997. 3 - Agravio proveniente⁶⁴².

En su voto el relator Carlos Moreirra Alves⁶⁴³ argumenta que el instituto jurídico de la tutela anticipatoria no afecta la garantía de acceso al Poder Judicial, ni el principio del contradictorio y amplia defensa, destacando el requisito da fundado peligro de daño irreparable o de difícil reparación como elemento clave a la determinación de la posibilidad y de la conseqüente legitimidad de la concesión *in limine* de la medida. En el mismo sentido también decidió el Tribunal de Justicia del Estado de Rio de Janeiro:

Necesidad de justificar el justo recelo o riesgo de lesión grave y de difícil reparación. La anticipación de la tutela de mérito, concedida liminarmente y sin audiencia de la parte contraria, no configura violación del contradictorio si no que su aprobación para momento subsiguiente, justificado por la urgencia en la protección del interés jurídico amenazado o lesionado. Es lícito al Juez, para anticipar la tutela de mérito, invocar como fundamento de la decisión los elementos de convicción de la petición inicial del autor y documentos a ella incluso. A la anticipación de la tutela basta la verosimilitud del derecho alegato, consubstanciada en el juicio de posibilidad de acogimiento definitivo de la pretensión, y que se extrae de cognición sumaria, que no comporta pronunciamientos definitivos, pena de pre juzgamiento de la causa. La comprensión del lo que sea lesión grave y de difícil reparación, para que no se pierdan los objetivos del legislador de 1994, debe abarcar la consideración de que como tal puede ser entendida la frustración de la efectividad del proveimiento definitivo, lo que, por sí sólo, ya autoriza anticipación de la tutela de mérito⁶⁴⁴.

Se percibe, por consiguiente, que la jurisprudencia contemporánea camina en el sentido de que la concesión de la tutela anticipatoria, mismo sin la audiencia de la parte contraria, no viola ningún principio constitucional procesal, desde que, en el primer momento siguiente sea atendido el principio del contradictorio y amplia defensa.

Se verifica, distarte, la tendencia en aceptarse la anticipación de la tutela bajo la justificativa de que, de un lado funciona, en la práctica, como instrumento de protección de los principios constitucionales procesales, y de otro no viola el principio constitucional procesal del contradictorio y amplia defensa, pues carga apenas su postergación, “incluso por el hecho de que la decisión *initio litis* es provisoria y podrá ser alterada o mismo revocada tras el ejercicio del contradictorio”. Comprender de otro modo sería el mismo que “retirar toda la

⁶⁴² TRF1ªR, Tribunal Regional Federal da 1ª Região. **Agravo de Instrumento nº 01000649650 (Processo nº 199701000649650 / MG)**. 2ª Turma. Relator José Carlos Moreira Alves. Publicado no DJ de 01 de fevereiro de 1999. Disponível em: <<http://portal.trf1.jus.br>>. Acesso em: 10 nov. 2013.

⁶⁴³ Carlos Moreirra Alves *in* TRF1ªR, Tribunal Regional Federal da 1ª Região. **Agravo de Instrumento nº 01000649650 (Processo nº 199701000649650 / MG)**. *Op. cit.*

⁶⁴⁴ TJRJ, Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. **Agravo de Instrumento nº 6.456/99-RJ**. 5ª Câmara Civil. Relator Desembargador Carlos Raymundo Cardoso. Julgado em 14 de setembro de 1999. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br>>. Acesso em: 11 nov. 2013.

eficacia de la tutela anticipada, transformándola en verdadera letra muerta dentro del sistema procesal”⁶⁴⁵.

Por lo tanto, en la hipótesis de alegación de tensión entre la anticipación de la tutela y la garantía de principios constitucionales procesales, el juzgador resolverá el impedimento por medio del método aplicado en las colisiones entre principios, a partir de la interpretación del peso de cada principio, debiendo prevalecer aquel que mejor adaptarse al caso concreto.

De ese modo, si con el análisis de la realidad presentada en los autos del proceso el juez convencerse de que es necesario anticipar la tutela para garantizar la protección de los principios constitucionales procesales, mormente la prestación jurisdiccional efectiva y de calidad, que implica en el atendimento al principio del debido proceso legal y en la garantía del amplio acceso a la justicia, deberá concederla, sin descuidarse de asegurar, para momento posterior, del principio del cotnradictorio y amplia defensa. En el momento de la decisión el principio del contradictorio y amplia defensa fue considerado menos importante que la anticipación de la tutela, con todo, tal principio no perdió su validez, al contrario, en otro momento deberá ser debidamente atendido. En esto sentido es la opinión de José Roberto dos Santos Bedaque⁶⁴⁶:

Si ya presentes los presupuestos legales en el momento de la propositura de la acción, nada impide sea la anticipación concedida antes mismo del ingreso del reo en el proceso. Ni mismo la exigencia del contradictorio constituye entrave insuperable a la posición ora adoptada. Son innúmeras las hipótesis de liminar inaudita en el sistema procesal. Tal solución, excepcional evidentemente, no viola el contradictorio, pues la parte contraria, al tomar conocimiento de la medida, posee medios listos y eficaces para alterarla. Y el principio en cuestión, como, de resto, todos los demás, debe ser analizado en conformidad con los objetivos mayores del sistema procesal.

Cuando ocurrir colisión entre principios constitucionales, el intérprete debe analizar todos los eventuales principios constitucionales involucrados en los autos, visando la mejor solución. En el caso de colisión de principios envolviendo pedido de anticipación de tutela, notorio instrumento de protección del propio debido proceso legal, las reglas de colisión deben ser aplicadas para hacer prevalecer su concesión sin que sean violados otros principios constitucionales procesales de la misma envergadura abstracta.

No se puede perder de vista que la realización de la efectividad del proceso depende, en muchas situaciones, de las tutelas de urgencia, justamente por el hecho de que la Constitución Federal Brasileña de 1988 garantiza el amplio acceso a la justicia, el

⁶⁴⁵ ARAUJO, José Henrique Mouta. *Op. cit.*, p. 01.

⁶⁴⁶ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. 2003. *Op. cit.*, p. 368.

contradictorio a todos los legitimamente involucrados en el proceso. Para tutelar el debido proceso legal los principios constitucionales procesales deben ser analizados en conjunto, por medio de un modelo interpretativo que se coadune con el concepto contemporáneo de Estado Democrático de Derecho y con la realidad social. En el caso de conflictos entre reglas, como dos reglas no pueden valer simultáneamente, la solución u ocurre por medio de la introducción en una de las reglas de una cláusula de excepción que elimine el conflicto, el declarando inválida por lo menos una de las reglas. En las otras situaciones envolviendo principios y reglas o principios y principios, la solución de la colisión depende de la aplicación de la ley de colisión, cabe decir, de la ponderación de valores.

La colisión entre principios debe ser resuelta llevando en consideración el conjunto de principios involucrados y las circunstancias de cada caso concreto, no admitiéndose deferimientos o indeferimientos arbitrarios o automáticos. Con efecto, si el juzgador verificar los requisitos legales, debe conceder la anticipación de la tutela, pues tal concesión apenas retarda el ejercicio del contradictorio y amplia defensa y el acceso amplio a la justicia y la efectividad del proceso perpassa, obrigatoriamente, por la correcta aplicación de medidas judiciales de urgencia, a ejemplo de la tutela anticipatoria.

Esencialmente todos los principios constitucionales procesales no sólo pueden como deben ser flexibilizados cuando se encuentran en colisión con un derecho que, en el caso concreto, se considera prioritario. La búsqueda activa de resultados efectivos es la meta a la cual se subordina el pensamiento procesal contemporáneo, que quiere ver los operadores del derecho más cerca de los fenómenos y tensiones concretas de la vida, que el proceso sea menos formalista y que se facilite el acceso a una jurisdicción más humana y justa. Conforme destaca Michele Taruffo⁶⁴⁷, es preciso redefinir sistemáticamente los instrumentos de tutela procesal.

Al final de este estudio se concluye que por razones funcionales y de efectud, el proceso judicial, mismo que en la versión procedimentalmente simplificada, más ágil, menos formal y más adecuada al caso concreto, no aleja la imprescindible inserción en su propio curso, de medidas anticipatorias. La conjugación armoniosa del “hacer pronto” y del “hacer bien”, garantiza la oportuna composición de los diferentes intereses en conflicto, pues el recibimiento de una tutela provisional en los moldes del sistema brasileño actual – cabe decir, de la tutela jurídica diferenciada, que visa alcanzar la efectuación del proceso, otorgada

⁶⁴⁷ TARUFFO, Michele. **Racionalidad y crisis de la ley procesal**. In: *Doxa, cuadernos de Filosofía del Direito*, Universidad de la Rioja, nº 22, p. 311-320, tradução de Mercedes Fernández López. Rioja: DIALNET / UNIRIOJA, 1999. p. 320.

mediante procedimiento cognitivo sumario, siendo el suficiente el juez convencerse de la probabilidad de existencia del derecho afirmado -, asegura la garantía plena del contradictorio y amplia defensa. De ese modo, la tutela anticipada, al correlacionarse y basarse como tutela definitiva, asentada en el conocimiento pleno y acabado de la lid, es el “único modo de asegurar el proceso justo constitucional”⁶⁴⁸

⁶⁴⁸ BERIZONCE, Roberto Omar. 2010. *Op. cit.*, p. 97-98.

CONSIDERACIONES FINALES

El proceso judicial, además de un medio de obtención de la prestación jurisdiccional del Estado, es un instrumento destinado a servir a todo y cualquier ciudadano en la búsqueda de su derecho. He aquí que el derecho de acceso al Poder Judicial es una garantía constitucional. Los efectos del tiempo en la relación procesal perjudican la efectividad del proceso y actúan contra el propio poder-deber de tutela jurisdiccional del Estado. Un proceso lento y no eficiente pone en riesgo la prestación jurisdiccional, ciega el derecho de las partes y promueve el descrédito generalizado del Poder Judicial.

Es en este punto (en que se inserta en el propio concepto de democracia) que emerge la importancia de la tutela anticipatoria y de la tutela cautelar, que son institutos jurídicos diversos entre sí, mas con un punto de semejanza que es la función de ambos de asegurar la efectiva prestación jurisdiccional de calidad.

A partir del análisis doctrinario escogida para dar soporte fundante a este estudio, se infiere que muchas veces los institutos en analisis son confundidos - por lo tanto, apesar de la semejanza de la nomenclatura, de la finalidad y de los requisitos, son institutos jurídicos bastante diferentes.

La tutela anticipada nada más es que un adelantamiento de la prestación jurisdiccional, incidiendo sobre el propio derecho reclamado, y no consiste en una manera de ampararlo, como ocurre con las cautelares. El artículo 273 del Código de Proceso Civil pone como requisitos para la anticipación de la tutela la existencia de prueba inequívoca de la verosimilitud de la alegación, el fundado peligro de daño irreparable o de difícil reparación (y aquí entra el *periculum in mora*) el que quede caracterizada la resistencia de la parte adversa.

Ya en el procedimiento cautelar no se anticipa la prestación jurisdiccional buscada en la lid principal, pues ello implicaría atribuirle el carácter de ejecución provisoria de la sentencia a ser prolatada en el proceso principal, lo que la sistemática procesal brasileña no permite.

Diversamente de lo que ocurre con la tutela anticipada, para la admisibilidad de la acción cautelar, además de los requisitos que deben ser observados en cualquier demanda, de entre ellos los presupuestos procesales y condiciones de la acción, deben estar presentes *el fumus boni iuris* y el *periculum in mora*.

Por lo tanto, existe una diferencia importante a ser considerada entre los requisitos legales necesario para la anticipación de la tutela y lo que es exigido para la medida cautelar. Ambas son tutelas emergenciales y exigen el *periculum in mora*. Por lo tanto, en la tutela

cautelar se visa garantizar la efectividad del proceso principal, al paso que en la tutela anticipatoria se pretende proteger el propio derecho material, o sea, en la cautelar, el juez analiza el riesgo de la ineficacia de la probable tutela jurisdiccional, en la anticipación, el juzgador analiza la necesidad de ser ejecutada, de pronto, provisoriamente, la decisión de mérito.

Así, mientras la tutela cautelar tiene carácter instrumental, poniéndose a servicio de la efectividad de otro proceso, la tutela anticipatoria consiste en una previa entrega de la prestación jurisdiccional relativa al mérito, cuando el juez verificar que si no hubo esa anticipación de los efectos de la sentencia, habrá serio riesgo de daño al derecho sustancial de una de las partes.

Es conveniente acordar que la tutela cautelar, aunque no pueda ser requerida y mucho menos concedida con el propósito deliberado de satisfacer el derecho reclamado, puede siempre ser requerida por la parte interesada y concedida por el Poder Judicial con el fin de proteger la decisión que será dictada a su tiempo, independiente de cualquier otra consideración.

Del expuesto, se concluye que, encunto al *periculum in mora* en la cautelar, el daño debe guardar consonancia con los hechos y revestirse de elementos preponderantes al eventual desequilibrio de la situación jurídica que vincula las partes envueltas.

En relación a la tutela anticipada, además de la probabilidad de existencia del derecho, la ley exige más un requisito, que tanto puede ser el riesgo de daño, como el abuso de derecho de defensa o el manifiesto propósito protelatorio del reo, siendo que el riesgo de daño irreversible o de difícil reparación es visto por la doctrina como un requisito que se integra en el concepto de *periculum in mora* que la ley exige para la protección cautelar. La tutela anticipatoria, en general, permite la obtención de una tutela satisfactiva con celeridad, en el interior del proceso de conocimiento, con base en el juicio de probabilidad. En ese particular, se presenta como medio eficaz de enfriamiento de la morosidad de los trámites procesales en la medida en que distribuye entre las partes procesales los encargos recurrentes de la espera por la solución final del litigio.

Acerca de la cuestión de las diferencias y semejanzas entre la anticipación de la tutela y la cautelar en cautelar, se confirma el entendimiento de que la tutela cautelar es una tutela eminentemente de garantía, no permitiendo la concesión de tutela satisfactiva, mientras que la tutela anticipatoria es una forma de jurisdiccional satisfactiva, no-cautelar. A pesar de las características comunes y de la identidad cuanto a la función constitucional que ejercen, las medidas cautelares y las anticipatorias son técnicamente diferentes, siendo que la

identificación de sus trazos distintivos gana relevancia en carácter de la autonomía de régimen procesal y procedimental que les fue encargada por el legislador.

Sobre un posible vaciamiento de las tutelas cautelares en razón de la institución de la tutela jurisdiccional anticipada, se cree que a pesar de la posibilidad de anticipación de los efectos de la tutela, la ley no decretó y la doctrina en general no reconoce el fin de las medidas o del proceso cautelar, que sigue siendo utilizado como antes en algunos casos. Se trata de dos opciones ofrecidas a los jurisdicionados, que pueden elegir aquella que mejor le caiga bien a sus pretensiones.

La tutela anticipatoria es regida por el artículo 273, del Código de Proceso Civil, tiene como finalidad principal dar efectividad al principio de la tempestividad, por medio de la distribución del tiempo entre las partes, llevando en cuenta, para tal intento, la plausibilidad del derecho alegado y, en términos legales, es concebida como la posibilidad del juez, la requerimiento de la parte, anticipar, total o parcialmente, los efectos de la tutela pretendida en el pedido inicial.

Además del requisito del requerimiento de la parte y de la existencia de prueba inequívoca capaz de convencer al juez de la verosimilitud de la alegación, el legislador enumera como presupuestos a la concesión de la tutela anticipatoria, el fundado recelo de daño irreparable o de difícil reparación o la caracterización del abuso de derecho de defensa o el manifiesto propósito protelatorio del reo. También figuran como presupuestos a la concesión de la tutela en aprecio a la posibilidad de reversibilidad del provimento anticipado y cuando uno o más de los pedidos acumulados, o parcela de ellos, mostrarse incontrovertido.

Sean cuales fueran a las situaciones, la decisión judicial de anticipación deberá ser fundamentada con las razones de convencimiento del juzgador. En el caso de pedido de providencia de naturaleza cautelar, a título de anticipación de tutela, y si estuvieran presentes los respectivos presupuestos, el juez podrá dictar la medida cautelar en carácter incidental del proceso ajuiciado, asegurándose al demandado, de ese modo, lo contradictorio, con producción de prueba y sentencia.

La concesión o no de la tutela anticipatoria exige del juez la realización de una secuencia de actos procedimentales así sintetizados: por primero deberá verificar si existe prueba inequívoca suficiente para convencerlo de la verosimilitud de la alegación, pudiendo tomar una de las siguientes decisiones:

a) si no verificar esa prueba, decide por la denegación de la anticipación y manda proseguir en los trámites normales; y

b) si se queda convencido de la verosimilitud de la alegación, antes de decidir si concede o no la anticipación requerida por la parte, debe verificar la presencia de por lo menos una de las siguientes hipótesis: efectivo recelo de daño irreparable o de difícil reparación; o abuso de derecho de defensa o manifiesto propósito protelatorio del reo; la posibilidad de reversibilidad del provisión anticipado y cuando uno o más de los pedidos acumulados, o parcela de ellos, mostrarse incontroverso.

Por lo tanto, para la concesión de la tutela anticipatoria no es suficiente la existencia de prueba inequívoca indicadora de verosimilitud, mas se trata dde un pre requisito concurrente inafastable.

Además, los requisitos para la concesión de la tutela anticipatoria están expresos en el texto del artículo 273 de modo bastante claro, por lo tanto, es imprescindible que se haga la debida interpretación a partir de los principios de la razonabilidad y de la proporcionalidad, de modo que el hecho de la medida, en un determinado caso, ser irreversible no imposibilite su concesión si estuviéramos delante de un derecho evidente o urgente. La misma interpretación debe ser dada al requisito de la prueba inequívoca.

No se puede olvidar que las reglas y principios que nortean el juzgador en la concesión o no de la tutela anticipatoria hacen parte de un conjunto de normas jurídicas interdependentes y escalonadas a partir de la Constitución Federal de 1988, siendo que el juez no puede abrir mano de los modernos métodos interpretativos del sistema jurídico brasileño fundado en garantías constitucionalmente aseguradas.

El mundo jurídico gira en el entorno del valor justicia, que se concretiza por medio del debido proceso legal, que tiene como uno de sus principales instrumentos de protección la anticipación de la tutela en la forma y en los límites legales.

La anticipación de la tutela es un instituto jurídico-procesal originario de la procesalista italiana y que fue adoptado por los ordenamientos jurídicos argentino y brasileño, como instrumento de protección de los principios constitucionales procesales (debido proceso legal), porque capaz de anticipar los efectos de la sentencia final, desde que satisfechos los requisitos elencados en el artículo 273, caput y incisos, del Código de Proceso Civil, cabe decir, de la existencia de prueba inequívoca, se convenzca el Juez de la verosimilitud de la alegación y ocurrir fundado recelo de daño irreparable o de difícil reparación o quedar caracterizado abuso del derecho de defensa ol manifiesto proposito protelatorio del reo.

La anticipación de la tutela del Poder Judicial tiene por objetivo viabilizar y proteger la aplicación de los principios procesales constitucionales. Se trata de una medida

excepcional, destinada a asegurar el resultado de un juzgamiento, anticipado para antes de la sentencia definitiva futura.

El debido proceso legal impone que los conflictos sean solucionados en tiempo razonable con las debidas garantías al demandado, pero también con normas que protejan a quien recurre a la jurisdicción, que deben adaptarse a las necesidades de cada caso, llevando en conta y valorando la urgencia del pedido, la situación de las partes y demás circunstancias importantes. Se destaca que la noción de debido proceso se complementa con la definición de “proceso justo”.

La anticipación de la tutela, contextualizada con los principios constitucionales procesales, figura como instrumento de protección a los principios constitucionales procesales. Existe, de hecho, una íntima ligación entre la anticipación de los efectos de la tutela y el debido proceso legal, que se traduce en el amplio y eficaz acceso a la justicia.

La concesión de la tutela anticipatoria se da por medio de una decisión judicial que tiene por desígnio realizar de modo rápido y eficaz el ejercicio de la prestación jurisdiccional en los casos en que la legislación procesal describe. Para tanto, no es lo bastante el tratamiento normativo de la materia; es necesario, también, que el magistrado interprete el texto legal en cotejo con el caso concreto, teniendo como norte la garantía integral y amplia del derecho de acceso a la justicia.

Existe, de hecho, una unión íntima entre el instituto jurídico de la anticipación de la tutela y el principio constitucional del amplio acceso a la justicia, en la medida en que la anticipación de los efectos de una decisión de mérito futura tiene por misión única garantizar el acceso a la prestación jurisdiccional de calidad. De nada adelantaría la declaración constitucional del derecho de todos, en el ámbito judicial y administrativo, de la razonable duración del proceso y de los medios que garantizan la celeridad de su tramitación (inciso LXXVIII, del artículo 5º, de la Constitución Federal de 1988), si a ese derecho no correspondiese el deber del Estado de juzgar con rapidez y presteza, fundamentado en el también derecho constitucional de que “la ley no excluirá de la apreciación del Poder Judicial lesión o amenaza a derecho” (inciso XXXV, del artículo 5º, de la Constitución Federal de 1988).

La tutela anticipada es un instrumento jurídico-procesal instituido por ley con la función de facilitar el acceso a la justicia, cuya protección integral depende de la garantía de la tutela efectiva y oportuna contra cualquier tipo o forma de renegación de la justicia. Protege y asegura, grosso modo, la propia prestación de la justicia, razón por la cual se formaliza como importante instrumento de eficacia y efectividad a la actividad jurisdiccional del Estado. La

eficacia de la prestación jurisdiccional es garantizada por la anticipación de los efectos de la tutela cuando garantiza la satisfacción concreta de un derecho judicialmente reconocido. La tutela anticipatoria brinda efectividad a la actividad jurisdiccional en el momento en que torna el proceso más rápido, propiciando una satisfacción más justa al derecho material.

Si durante mucho tiempo la anticipación de los efectos de la tutela era vista como algo perjudicial a las partes, actualmente ya es reconocida como instrumento de protección de los principios constitucionales procesales, capaz de garantizar el debido proceso judicial. Se trata de un instrumento assecuratório de derechos subjetivos constitucionalmente tutelados.

Sortengo que la concreta efectivización de la tutela del Poder Judicial a los jurisdicionados implica la posibilidad de que todos los ciudadanos puedan requerir y obtener la protección de sus derechos legalmente asegurados sin obstáculo, pues los derechos constitucionales y entre ellos el del derecho de acceso a la justicia, no pueden ser considerados como simple garantías formales y abstractas. Se trata de derechos operativos plenos que exigen la concretización material efectiva.

A partir del momento en que el Estado trajo para sí la competencia exclusiva para distribuir la justicia a sus miembros, asumió la responsabilidad de recibir y analizar toda la acción legítima que le sea presentada y la incumbencia de entregar una prestación jurisdiccional de calidad que sólo será viable si hay participación amplia independientemente de la capacidad económico-financiera de las partes envueltas.

La garantía del acceso a la justicia es asegurada cuando las partes participan de hecho de la relación procesal y la sentencia judicial se acerque lo máximo posible de los ideales de justicia. Para tanto, muchas veces el Estado necesita anticipar los efectos de la tutela. Finalmente, los accesos a la justicia y a la tutela jurisdiccional adecuada son garantizados por la tutela anticipatoria, que representa soporte imprescindible a los ejercicios de la ciudadanía, de la dignidad humana, del debido proceso legal y del propio Estado Democrático de Derecho.

De eso todo se infiere que la aplicación del instituto jurídico-procesal de la tutela anticipatoria debe ser viabilizada en la práctica procesal, teniendo en cuenta su notable capacidad para evitar, víctima del tiempo, la desaparición del derecho subjetivo del actor, además de asegurar el ejercicio pleno y eficaz de derecho constitucional al amplio y irrestricto acceso a la justicia.

Esencialmente, la anticipación de la tutela es un instrumento jurídico-procesal que colabora sobremanera la efectividad de la prestación jurisdiccional de calidad, conciliándose

con el derecho fundamental al debido proceso legal y todos los principios constitucionales procesales que le son corolarios.

REFERENCIAS

Obras Consultadas

ALEXANDRINO, Marcelo; VICENTE, Paulo. **Direito Administrativo descomplicado**. 16. ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2008.

ALEXY, Robert. **El concepto y la validez del derecho**. 2. ed. Barcelona: Gedisa, 2004.

_____. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

ALMEYRA, Miguel Angel. **Código procesal penal de la nación**: comentado y anotado. Tomo I. Buenos Aires: La Ley, 2007.

ALVAREZ, Pablo Daniel. **Tutela anticipada**. Córdoba: Alveroni Ediciones, 2008.

ALVIM, Arruda. **Manual de direito processual civil**. 13. ed. São Paulo: RT, 2010.

ALVIM, José Eduardo Carreira. **Ação monitória e temas polêmicos da reforma processual**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

_____. **Código de Processo Civil reformado**. 2. ed. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 1995.

ARAZI, Roland. **Derecho procesal civil y comercial**. Buenos Aires: Astrea, 1995.

ASSIS, Araken de. **Antecipação da tutela**. p. 13-36. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Aspectos polêmicos da antecipação de tutela*. São paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____. **Garantia de acesso à justiça**: benefício da gratuidade. In: Rogério Lauria Cruz e Tucci (Coord.). *Garantias constitucionais do processo civil*. São Paulo: RT, 1999.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BARROSO, Luís Roberto. **Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito constitucional**. In: *Revista Forense*, v. 336, p. 125-136, ano 92, outubro-dezembro de 1996.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 20. ed., atual. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. **Curso de direito financeiro e de direito tributário**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Baurú, São Paulo: EDIPRO, 1993.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. **Tutela cautelar e tutela antecipada**: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização). 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BELLINETTI, Luiz Fernando. **Tutela jurisdicional satisfativa**. In: *Revista de Processo*, ano 21, nº 81, p. 98-103. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan./mar., 1996.

BELSITO, Cecília; CARPORALE, Andrés. **Tutela judicial efetiva**. Rosário: Nova Tesis Editorial Jurídica, 2005.

BERIZONCE, Roberto Omar. **Efectivo acceso a la justicia**: propuesta de un modelo para el Estado Social de Derecho. Prólogo de Mauro Cappelletti. La Plata: Libreria Editora Platense S.R.L, 1987.

BERIZONCE, Roberto Omar. **Medidas cautelares, anticipatorias y de urgencia en el proceso de amparo**. In: *Anales, Derecho Procesal, Universidad Nacional de la Plata*, 2009, ano 07, nº 40, p. 417-432. La Plata: UNP, 2009-2010.

BERMUDES, Sérgio. **A reforma do Código de Processo Civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

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

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

BORTHWICK, Adolfo E.C. **Principios Procesales**. Prólogo de Jorge W. Peyrano. Buenos Aires: Mário A.Viera Editor, 2003.

BRASIL, Congresso Nacional. Senado Federal. Comissão de Juristas. **Anteprojeto de Código de Processo Civil**. Projeto de Lei nº 8.046, de 22 de dezembro de 2010. Código de Processo Civil: anteprojeto / Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010.

CALDEIRA, Mirella D'Angelo. **Inversão do ônus da prova**. In: *Revista de Direito do Consumidor*, nº 38, p. 166-180. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr./jun., 2001.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. 15. ed., vol. I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003.

_____. **Direito de acesso à justiça constitucional**. Estados da Conferência das Jurisdições Constitucionais dos Países de Língua Portuguesa. Luanda, junho de 2011.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução e revisão de Ellen Grade Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, reimpresso em 2002.

CARDOZO, Benjamim. **A natureza do processo e a evolução do direito**. São Paulo: Nacional de Direito, 1956.

CARRIÓ, Genaro R. **Principios jurídicos y positivismo jurídico**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1970.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Derecho procesal civil**. Traducción Española de la Tercera Edición Italiana, Prólogo y Notas de José Casáis e Santaló. Tomo I. Madrid: Editorial Reus, 1922.

_____. **Instituições de direito processual civil**. tradução do original italiano, 2. ed., vol. I: *istituzioni di diritto processuale* civile por Paolo Cafitan. Com anotações de Enrico Tullio Liebman. Campinas/SP: Bookseller, 1998.

CIANCIA, Olga Edda Ciancia. **El debido proceso**. p. 139-151. *In*: ZORZOLI, Oscar A.; VELLOSO, Adolfo Alvarado. *El debido proceso*. Buenos Aires: Ediar, 2006.

CIANCIARDO, Juan. **Una introducción a los principios constitucionales**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2008.

COSTA, José Rubens. **Ação monitória**. São Paulo: Saraiva, 1995.

COUTURE, J. Eduardo. **Fundamentos del derecho procesal civil**. 4. ed., reimpressão. Buenos Aires: Júlio César Faria Editor, 2005.

CREUS, Carlos. **El principio de celeridad como garantía del debido proceso en el sistema jurídico penal argentino**. Buenos Aires: La Ley, 1993.

CUNHA, Mauro; SILVA, Roberto Geraldo Coelho. **Guia para o estudo da teoria geral do processo**. 2. ed. amp. Porto Alegre: Acadêmica, 1990.

DESTEFENNI, Marcos. **Natureza constitucional da tutela de urgência**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; OLIVEIRA, Rafael. **Benefício da justiça gratuita**. 4. ed. Salvador: JusPODIVM, 2010.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

_____. **A reforma do código de processo civil**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

_____. **Fundamentos do processo civil moderno**. 4. ed., Tomo II. São Paulo: Malheiros, 2001.

DORIA, Rogéria Dotti. **A tutela antecipada em relação à parte incontroversa da demanda**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

FALCÓN, Enrique M. **Tratado de derecho procesal civil y comercial**: sistemas cautelares (medidas cautelares: tutela anticipada). Tomo IV. Buenos Aires / Santa Fé: Rubinzal / Culzoni Editores, 2006.

FARIA, Anacleto de Oliveira. **Instituições de direito**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

FRIEDE, Reis. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 2. ed., v. I. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.

FÜHRER, Maximilianus Cláudio Américo. **Resumo de processo civil** 20. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

GOMES, Luiz Fernando da Silveira. **As liminares no processo civil**. Belo Horizonte, Del Rey, 2005.

GORDILLO, Agustín Alberto. **Derechos humanos**. 5. ed. Buenos Aires: Fund. de Derecho Administrativo, 2005.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro**. 11. ed., vol. 2. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. **Direito processual civil brasileiro**: teoria geral do processo e auxiliares da justiça. 17. ed., vol. I. São Paulo: Saraiva, 2003.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **As nulidades do processo penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____; CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri. **Dicionário técnico jurídico**. 2. ed. São Paulo: Rideel, 1999.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

LOPES, João Batista. **Tutela antecipada no processo civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2001.

MACEDO, Antônio Luiz Bueno de. **Medidas processuais de urgência**: doutrina, legislação, prática. Leme: J. H. Mizuno, 2005.

MACHADO Antônio Cláudio da Costa. **Tutela antecipada**. 2. ed., São Paulo: Ed. Oliveira Mendes, 1998.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação da tutela**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011a.

_____. **Novas linhas de processo civil**. 3. ed., rev. ampl. São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. **Técnica processual e tutela dos direitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. **Teoria geral do processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. **Tutela antecipatória e julgamento antecipado: parte incontroversa da demanda**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do processo de conhecimento: a tutela jurisdicional através do processo de conhecimento**. 3. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MARQUES, José Frederico. **Manual de direito processual civil**. 2. ed., vol. I. São Paulo: Saraiva, 1974.

_____. **Manual de direito processual civil**. Vol. IV. Campinas: Bookseller, 1997.

_____. **Manual de direito processual civil: processo de execução e processo cautelar**. 9. ed., vol. III. Campinas. Millennium. 2003.

MEDINA, José Miguel Garcia; ARAÚJO, Fábio Caldas de; GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Procedimentos cautelares e especiais**. São Paulo: RT, 2009.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 19 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

MILHOMENS, Jônatas. **Da prova no processo**. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional: direitos fundamentais**. 3. ed., rev. e atual., tomo III. Lisboa: Coimbra Editora, 2000a.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional: direitos fundamentais**. 3. ed., rev. e atual., tomo IV. Coimbra: Coimbra Editora, 2000b.

MITIDIERO, Daniel Francisco. **Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

MITIDIERO, Daniel Francisco. **Anticipación de tutela: de la tutela cautelar a la técnica anticipatoria**. Traducción de Renzo Cavani. Madrid / Barcelona / Buenos Aires / São Paulo: Marcial Pons, 2013.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

_____. **Direito constitucional**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Dimensões sociais do processo civil**. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

_____. **Notas sobre a efetividade do processo**. Vol. 10. Porto Alegre: Ajuris, 1983.

MORELLO, Augusto M. **El tiempo de la justicia**. In: *Revista de Derecho Procesal*. Tutelas Procesales Diferenciadas II, nº 01, p. 17-20. Buenos Aires /Salta: Rubinzal Culzoni Editores, 2009.

MOTA, Lise Nery. **Prisão civil como técnica de efetivação das decisões judiciais**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2007.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Atualidades sobre o processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

_____. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 8. ed. ver. atual e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

NUNES, Elpídio Donizetti. **Curso didático de direito processual civil**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

NUNES, Rizzatto. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

PALACIO, Lino Enrique. **Derecho Procesal Civil: nociones generales**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1967.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Comentários ao código de processo civil**. 8. ed., v. III. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

_____. **Inovações no código de processo civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

PEDROSO, Fernando de Almeida. **Processo penal: o direito de defesa - repercussão, amplitude e limites**. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

PEYRANO, Jorge W. **El proceso civil: principios y fundamentos**. Buenos Aires: Astrea, 1978.

PORTANOVA, Rui. **Princípios do processo civil**. 4. edição. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2001.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

RODRIGUES, Diego; NUNO, Fernando. **Dicionário Larousse de Língua Portuguesa Mini**. São Paulo: Larousse do Brasil, 2005.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Elementos de direito processual civil**. 3. ed., vol. I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Elementos de direito processual civil**. Vol. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

SANTOS, Ernane Fidélis. **Antecipação da tutela satisfativa na doutrina e na jurisprudência**. In: *Revista de Processo*, nº 96. São Paulo: RT, 1999.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. 9. ed., vol 1. São Paulo: Saraiva, 2002.

SEGANFREDDO, Sônia Maria S. **Como interpretar a lei: a interpretação do direito positivo**. Rio de Janeiro: Rio, 1981.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. **Curso de direito constitucional positivo**. 17. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. **Os princípios constitucionais fundamentais**. In: *Revista do Tribunal Regional Federal 1ª Região*, vol. 06, nº 04, p. 17-22. Brasília: RTRF1ªR, out./dez., 1994.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de processo civil: processo de conhecimento**. 6. ed., rev. e atual., vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____. **Do processo cautelar**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

SLAIBI FILHO, Nagib. **Reforma da justiça**. Niterói: Impetus, 2005.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

TARUFFO, Michele. **Racionalidad y crisis de la ley procesal**. In: *Doxa, cuadernos de Filosofía del Derecho*, Universidad de la Rioja, nº 22, p. 311-320, tradução de Mercedes Fernández López. Rioja: DIALNET / UNIRIOJA, 1999.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. **A sentença no processo do trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTr, 1996.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 13. ed., vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

_____. **Curso de direito processual civil**: processo de execução e processo cautelar. 13. ed., vol. II. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

_____. **Processo cautelar**. 17. ed. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 1998.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. vol. I. São Paulo: Saraiva, 1992.

TUCCI, Rogério Lauria. **Habeas corpus, ação e processo penal**. São Paulo: Saraiva, 1978.

_____; CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Constituição de 1988 e processo**. São Paulo: Saraiva, 1989.

WAMBIER, Luiz Rodrigues (coord.). **Teoria geral do processo cautelar**. 2. ed. vol 3. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1999.

_____; ALMEIDA, Flávio Renato Correia; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil**: teoria geral do processo e processo do conhecimento. 9. ed., vol. I, rev., ampl. e atual. São Paulo: RT, 2007.

WATANABE, Kazuo. **Obrigações de fazer e não fazer**. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). *Reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1996.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

Artigos pesquisados

ANDRADE, Carlos Augusto Medeiros de. **Acesso à justiça no Brasil**: obstáculos e instrumentos garantidores. In: *THEMIS*, Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará, v. 5, nº 1, p. 119-157. Ceará, jan./jul. 2007.

ARAZI, Roland. **Flexibilización de los principios procesales**. P. 109-127. In: *Revista de Derecho Processal*: volumen especial conmemorativo del bicentenario: el derecho procesal en víspera del bicentenario. Dirigido por Roland Arazi. Santa Fe: Rubinzal-Culzomni, 2010.

BAUERMAN, Desirê. **Estabilização da tutela antecipada**. In: *Revista Eletrônica de Direito Processual*, ano 04, vol. VI, p. 32-48. Rio de Janeiro, jul./dez., 2010.

BERIZONCE, Roberto Omar. **Tutelas de urgencia y debido proceso**. Hacia la reconstrucción del proceso de cognición y su articulación con las tutelas de urgencia. p. 77-98. In: *Revista de Derecho Procesal*: sistemas cautelares y procesos urgentes, segunda parte. Dirigido por Ronald Arazi. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2010.

BRINDEIRO, Geraldo. **O devido processo legal**. In: *Revista Jurídica Consulex*, vol. I, nº 9, set. 1997.

BROSS, Siegfried. **Tutela judicial efetiva no sistema multinível e as prerrogativas da administração.** Tradução de Martim Vicente Gottschalk. In: *Revista do Conselho da Justiça Federal*, nº 27, p. 13-17. Brasília: CEJ, out./dez. 2004.

CASARA, Rubens; VASSAL, Mylène G. P. **O ônus do tempo no processamento:** uma abordagem à luz do devido processo legal interamericano. In: *Revista do Movimento da Magistratura Fluminense pela Democracia - Radicalização Democrática*, nº 01. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

DELGADO, José Augusto. **Acesso à justiça:** um direito da cidadania. Conferência pronunciada no II Encontro dos Advogados da Paraíba, promoção da OAB, Seção da Paraíba, em 30 de maio de 1996. In: *Informativo Jurídico da Biblioteca Ministro Oscar Saraiva*, v. 9, n. 1, p 11-32. Brasília, jan./jun. 1997.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Tutela jurisdicional.** In: *Revista de Processo*, ano 21, nº 81, p. 54-81. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan./mar., 1996.

DOMINGOS, Sérgio. **Conflito de princípios e princípio da proporcionalidade.** In: *Revista do Curso de Direito*, nº 1, vol. I, p. 23-25. Brasília-DF, Jan./jun. 2000.

FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Análise do papel dos direitos e garantias fundamentais, do devido processo legal e dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no Estado Democrático de Direito inaugurado com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** In: *Revista Virtual da AGU - Advocacia-Geral da União*, ano VII, nº 70, novembro de 2007.

FRIEDE, Reis. **Tutela cautelar e tutela antecipada:** distinções fundamentais. In: *Revista de Direito*, v. 3, nº 5, p. 67-74. Rio de Janeiro, jan./jun. 1999.

FUX, Luiz. **Tutela Jurisdicional:** finalidade e espécies. In: *Informativo Jurídico da Biblioteca Ministro Oscar Saraiva*, vol. 14, nº 02, p. 153-168. Brasília, jul./dez., 2002.

GALUPPO, Marcelo Campos. **Os princípios jurídicos no estado democrático de direito:** ensaio sobre o seu modo de aplicação. In: *Revista de Informação Legislativa*, ano 36, nº 143. Brasília, jul./set. 1999.

GARCIA FILHO, José Carlos Cal. **O conteúdo jurídico do devido processo legal:** interpretação dos direitos e garantias fundamentais. Dissertação apresentada no Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre. Orientador Doutor José Roberto Vieira. Curitiba: Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, 25 mai. 2007.

GONZAGA, Márcio de Borba. **O acesso à efetiva tutela jurisdicional como um direito fundamental do jurisdicionado.** In: *Revista do Curso de Direito da Faculdade da Serra Gaúcha*, ano 02, nº 04, p. 105-118. Caxias do Sul: FSG, jul./dez. 2008.

LIMA FILHO, Francisco das Chagas. **Provas ilícitas.** In: *Repertório IOB de Jurisprudência: Civil, Processual, Penal e Comercial*. São Paulo, nº 14, ano de 1998, p. 288-296. Segunda quinzena de julho de 1998.

LOPES, Maria Elizabeth de Castro. **Princípio do contraditório**. p. 101-118. In LOPES, Maria Elizabeth de Castro; OLIVEIRA NETO, Olavo de (coords.). *Princípios processuais civis na Constituição*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MACHADO Antônio Cláudio da Costa. **Devido processo legal e tutela antecipada**. In: *Revista Mestrado em Direito*, ano 6, nº 2, p. 83-95 Osasco, 2006.

MESQUITA, Gil Ferreira de. **O devido processo legal em seu sentido material: breves considerações**. In: *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, DF: Senado Federal, Subsecretaria de Edições, ano 43, nº 170, p. 209-220, abr./jun. 2006.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **A caminho de um direito civil constitucional**. In: *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*, ano 17, vol. 65, p. 21-32. São Paulo, jul./set., 1993.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **A função social do processo civil moderno e o papel do juiz e das partes na direção e na instrução do processo**. In: *Revista de Processo*, ano 10, nº 37, p. 140-150. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan./mar., 1985.

_____. **Antecipação da tutela: algumas questões controvertidas**. In: *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, vol. 03, nº 13, p. 05-13. Porto Alegre, set/out. 2001.

MORELLO, Augusto M. **El tiempo de la justicia**. In: *Revista de Derecho Procesal, Tutelas Procesales Diferenciadas*, nº II, p. 17-20. Rubinzal Culzoni, 2009-1.

NALINI, José Renato. **Direitos humanos: novas perspectivas no acesso à justiça**. In: *Revista CEJ*, vol. I, nº 03, p. 61-69. Brasília, set./dez. 1997.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Do processo cautelar**. In: *Revista de Processo - REPRO*, vol. 39. São Paulo: RT, jun./set., 1985.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Alguns reflexos da Emenda Constitucional nº 45, de 08 de dezembro de 2004, sobre o processo civil**. In: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, p. 75-94. Belo Horizonte: UFMG, set., 2005.

_____. **Tutela antecipada: aspectos polêmicos da tutela antecipada**. Coordenação de Teresa Arruda Alvim Wambier, p. 181-203. São Paulo: RT, 1997.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Anotações sobre alguns aspectos das modificações sofridas pelo processo hodierno entre nós**. In: *Revista de Processo*, nº 97. p. 51-106. São Paulo: RT, jan./mar., 2000.

ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Inconstitucionalidade das vedações genéricas à concessão de tutelas sumária**. In: *Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina - ESMESC*, vol. 19, nº 25, p. 207-225. Florianópolis-SC: ESMESC, 2012.

Sites pesquisados

ALMEIDA JÚNIOR, Jesualdo Eduardo de. A terceira onda de reforma do Código de Processo Civil. **Leis nº 11.232/2005, 11.277 e 11.276/2006**. In: *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, nº 959, 17 fev. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7982>>. Acesso em: 02 mai. 2013.

ALVIM, José Eduardo Carreira. **Justiça: acesso e descesso**. In: *Jus Navigandi*, ano 8, nº 65. Teresina, 01 mai. 2003. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/4078>>. Acesso em: 07 mai. 2013.

AMARAL, Júlio Ricardo de Paula. **Principios de processo civil na Constituição Federal**. In: *Jus Navigandi*, ano 05, nº 46. Teresina, 01 out. 2000. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/771>>. Acesso em: 08 jul. 2013.

ARAUJO, José Henrique Mouta. **A colisão entre principios constitucionais em casos de liminares inaudita altera parte e as formas de solução: análise de casos**. In: *Evocati Revista*, nº 24, Aracajú, dez. 2007. Disponível em: <http://www.evocati.com.br/evocati/artigos.wsp?tmp_codartigo=180>. Acesso em: 02 nov. 2013.

ARGENTINA, Constitución. **Constitucion de la Nacion Argentina, sancionada en 1853 con las reformas de los años 1860, 1866, 1898, 1957 y 1994**. Ley nº 24.430, sancionada en diciembre 15 de 1994 y promulgada en enero 03 de 1995. Ordénase la publicación del texto oficial de la Constitución Nacional. Disponível em: <http://infoleg.mecon.gov.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/804/norma.htm>>. Acesso em: 20 mai. 2013.

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil**. Este trabalho foi escrito, em sua maior parte, durante minha estada na Universidade de San Francisco - USFCA. Sou grato a Jack Garvey pelo convite e por ter tornado a vida mais fácil durante minha estada por lá. Sou igualmente grato a Nelson Diz, Ana Paula de Barcellos e Cláudio Pereira de Souza Neto por haverem lido os originais e formulado críticas e sugestões valiosas, bem como a Eduardo Mendonça, Teresa Melo e Danielle Lins pela ajuda inestimável na pesquisa e na revisão do texto. Elaborado em 2005. Disponível em: <<http://www.georgemlima.xpg.com.br/barroso.pdf>>. Acesso em: 24 mai. 2013.

BASTOS, Antonio Adonias Aguiar. **O direito fundamental à razoável duração do processo e a reforma do Poder Judiciário: uma desmi(s)tificação**. In: *Revista Eletrônica Mensal do Curso de Direito da UNIFACS*, v. 80. Salvador: UNIFACS, 2007. Disponível em: <http://web.unifacs.br/revistajuridica/edicao_janeiro2007/index.htm>. Acesso em: 02 mai. 2013.

BERIZONCE, Roberto Omar. **Tutelas de urgencia y debido proceso: hacia la reconstrucción del proceso de cognición y su articulación con las tutelas de urgencia**. In: *Revista do Instituto Colombiano de Derecho Procesal - ICDP*. Bogotá/Colômbia: ICDP, 29 de abril de 2011. Disponível em:

<http://www.icdp.co/revista/articulos/37/RobertoOmarBerizonce.pdf>>. Acesso em: 08 abr. 2014.

BOIAGO JÚNIOR, José Wilson. **Da tutela antecipada em decorrência de pedido incontroverso**. In: *Jus Navigandi*, Teresina, ano 8, nº 415, 26 ago. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5629>>. Acesso em: 02 set. 2013.

BRASIL, Constituição (1946). **Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1946**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao46.htm>. Acesso em: 20 mai. 2013.

BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 20 mai. 2013.

BRASIL, Jurisprudência. **Agravo de Instrumento nº 1134279300**. Décima Oitava Câmara de Direito Civil do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator: Rubens Cury. Julgado em 21 de julho de 2009. Publicado no DJ de 10 de agosto de 2009. Disponível em: <<http://esaj.tj.sp.gov.br>>. Acesso em: 02 mai. 2013.

BRASIL, Jurisprudência. **Agravo de Instrumento nº 1149432007**. Vigésima Nona Câmara de Direito Civil do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator: Ferraz Felisardo. Julgado em 30 de janeiro de 2008. Publicado no DJ de 08 de fevereiro de 2008. Disponível em: <<http://esaj.tj.sp.gov.br>>. Acesso em: 02 set. 2013.

BRASIL, Jurisprudência. **Agravo de Instrumento nº 1243952003**. Trigésima Segunda Câmara de Direito Civil do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator: Walter Cesar Exner. Julgado em 18 de junho de 2009. Publicado no DJ de 23 de julho de 2009. Disponível em: <<http://esaj.tj.sp.gov.br>>. Acesso em: 02 mai. 2013.

BRASIL, Jurisprudência. **Agravo de Instrumento nº 1271966001**. Trigésima Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator: Orlando Pistoresi. Julgado em 15 de julho de 2009. Publicado no DJ de 14 de agosto de 2009. Disponível em: <<http://esaj.tj.sp.gov.br>>. Acesso em: 02 mai. 2013.

BRASIL, Jurisprudência. **Agravo de Instrumento nº 1279478007**. Trigésima Primeira Câmara de Direito Civil do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator: Antonio Rigolin. Julgado em 23 de junho de 2009. Publicado no DJ de 24 de julho de 2009. Disponível em: <<http://esaj.tj.sp.gov.br>>. Acesso em: 02 mai. 2013.

BRASIL, Jurisprudência. **Agravo de Instrumento nº 7343544400**. Décima Nona Câmara de Direito Civil do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator: João Camillo de Almeida Prado Costa. Julgado em 27 de abril de 2009. Publicado no DJ de 22 de maio de 2009. Disponível em: <<http://esaj.tj.sp.gov.br>>. Acesso em: 02 mai. 2013.

BRASIL, Jurisprudência. **Agravo de Instrumento nº 8073455600**. Décima Segunda Câmara de Direito Civil do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator: Ribeiro de Paula.

Julgado em 03 de dezembro de 2008. Publicado no DJ de 16 de fevereiro de 2009. Disponível em: <<http://esaj.tj.sp.gov.br>>. Acesso em: 02 mai. 2013.

BRASIL, Jurisprudência. **Apelação Cível nº 2005.03.99.013024-8/SP**. Nona Turma do Tribunal Regional Federal da Terceira Região. Relatora: Marisa Santos. Julgado em 04 de dezembro de 2006. Publicado no DJ de 27 de julho de 2007, p. 584. Disponível em: <<http://www.trf3.jus.br>>. Acesso em: 02 mai. 2013.

BRASIL, Jurisprudência. **Recurso Especial nº 162780/SP (1998/0006444-3)**. Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Adhemar Maciel. Julgado em 09 de outubro de 1998. Publicado no DJ de 01 de fevereiro de 1999, p. 151. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 02 mai. 2013.

BRASIL, Legislação. **Decreto-lei nº 1.608, de 18 de setembro de 1939**. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.dji.com.br/constituicao_federal/cf006a011.htm>. Acesso em: 02 mai. 2013.

BRASIL, Legislação. **Esboço de Anteprojeto de reformulação legislativa sobre tutela de urgência, medidas antecipatórias e cautelares, de abril de 2007**. Autor: Athos Gusmão Carneiro. Disponível em: <<http://www.direitoprocessual.org.br>>. Acesso em: 02 mai. 2013.

BRASIL, Legislação. **Lei nº 1.060, de 05 de fevereiro de 1950**. Estabelece normas para a concessão de assistência judiciária aos necessitados. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L1060.htm>. Acesso em: 07 mai. 2013.

BRASIL, Legislação. **Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869compilada.htm>. Acesso em: 20 mai. 2013.

BRASIL, Legislação. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/l8078.htm>>. Acesso em: 02 mai. 2013.

BRASIL, Legislação. **Lei nº 8.952, de 13 de dezembro de 1994**. Altera dispositivos do Código de Processo Civil sobre o processo de conhecimento e o processo cautelar. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8952.htm>. Acesso em: 02 mai. 2013.

BRASIL, Legislação. **Lei nº 9.079, de 14 de julho de 1995**. Altera dispositivos do Código de Processo Civil, com a adoção da ação monitória. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Leis/L9079.htm#art1102a>>. Acesso em: 02 mai. 2013.

BRASIL, Legislação. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 20 mai. 2013.

BRASIL, Legislação. **Lei nº 10.444, de 07 de maio de 2002**. Altera a Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/2002/L10444.htm>>. Acesso em: 02 mai. 2013.

BRASIL, Legislação. **Lei nº 11.187, de 19 de outubro de 2005.** Altera a Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, para conferir nova disciplina ao cabimento dos agravos retido e de instrumento, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11187.htm>. Acesso em: 02 mai. 2013.

BRASIL, Legislação. **Lei nº 11.232, de 22 de dezembro de 2005.** Altera a Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, para estabelecer a fase de cumprimento das sentenças no processo de conhecimento e revogar dispositivos relativos à execução fundada em título judicial, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11232.htm>. Acesso em: 02 mai. 2013.

BRASIL, Legislação. **Lei nº 11.276, de 07 de fevereiro de 2006.** Altera os artigos 504, 506, 515 e 518 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, relativamente à forma de interposição de recursos, ao saneamento de nulidades processuais, ao recebimento de recurso de apelação e a outras questões. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11276.htm>. Acesso em: 02 mai. 2013.

BRASIL, Legislação. **Lei nº 11.277, de 07 de fevereiro de 2006.** Acresce o artigo 285-A à Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, que institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11277.htm>. Acesso em: 02 mai. 2013.

BRASIL, Legislação. **Lei nº 11.280, de 16 de fevereiro de 2006.** Altera os artigos 112, 114, 154, 219, 253, 305, 322, 338, 489 e 555 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, relativos à incompetência relativa, meios eletrônicos, prescrição, distribuição por dependência, exceção de incompetência, revelia, carta precatória e rogatória, ação rescisória e vista dos autos; e revoga o artigo 194, da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11280.htm>. Acesso em: 02 mai. 2013.

BRASIL, Legislação. **Lei nº 11.965, de 03 de julho de 2009.** Dá nova redação aos artigos 982 e 1.124-A da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, que institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L11965.htm#art2>. Acesso em: 20 mai. 2013.

BRASIL, Legislação. **Lei nº 11.969, de 06 de julho de 2009.** Altera a redação do parágrafo 2º, do artigo 40, da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, que institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/_Ato2007-2010/2009/Lei/L11969.htm>. Acesso em: 02 mai. 2013.

BRASIL, Legislação. **Lei nº 12.122, de 15 de dezembro de 2009.** Altera o artigo 275 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, incluindo como sujeitas ao procedimento sumário as causas relativas à revogação de doação. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12122.htm#art2>. Acesso em: 20 mai. 2013.

BRASIL, Legislação. **Lei nº 12.322, de 09 de setembro de 2010.** Transforma o agravo de instrumento interposto contra decisão que não admite recurso extraordinário ou especial em agravo nos próprios autos, alterando dispositivos da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12322.htm#art1>. Acesso em 23 mai. 2013.

BRASIL, Legislação. **Projeto de Lei do Senado nº 186/2005.** Modifica os parágrafos 4º e 5º do artigo 273, e acrescenta os artigos 273-A, 273-B, 273-C e 273-D à Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil), para permitir a estabilização da tutela antecipada. Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/mate-pdf/5724.pdf>>. Acesso em: 02 mai. 2013.

BRASILCON, Brasileiro de Política e Direito do Consumidor. **O direito social e o direito do consumidor: uma nova forma de pensar o direito e a sociedade.** In: *Brasilcon*, Educação para o Consumo, 2001. Disponível em: <<http://www.brasilcon.org.br/web/professores/professoresver.asp?idProfessor=6>>. Acesso em: 27 jul. 2013.

BUENOS AIRES, Constitución (1994). **Constitución de la Provincia de Buenos Aires de 1994.** Disponível em: <<http://www.gob.gba.gov.ar/legislacion/constitucion/cpppal.htm>>. Acesso em: 24 mai. 2013.

CHANAN, Guilherme Giacomelli. **Conceito de tutela de urgência.** Páginas de direito do professor Tesheiner, v. VII, 2006. Disponível em: <<http://www.tex.pro.br/wwwroot/00/060705.php>>. Acesso em: 02 mai. 2013.

CORTEIDH, Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Caso Baldeón García vs. Perú.** Sentencia del 06 de abril de 2006 (fondo, reparaciones y costas). Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_147_esp1.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2013.

_____. **Caso López Álvarez vs. Honduras.** Sentença del 01 de febrero de 2006 (fondo, reparaciones y costas). Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_141_esp.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2013.

DANIEL, Beatriz Castilho. **O princípio da razoabilidade na concessão da tutela antecipada.** Porte Alegre, 20 de fevereiro de 2006. Disponível em: <<http://www.viajus.com.br/viajus.php?pagina=artigos&id=395>>. Acesso em: 02 mai. 2013.

DIAS, Maria Berenice. **Observações sobre o conceito de pretensão.** In: *Revista AJURIS*, v. 35, p. 84-96. Porto Alegre: Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, 1985. Disponível em: <<http://www.berenedias.com.br>>. Acesso em: 02 mai. 2013.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Processo cautelar: ainda é útil?** Artigo publicado em 02 de setembro de 2010. Disponível em: <http://www.faculdadebaianadedireito.com/i/f/%7B23622F48-7128-4EA8-B05E-D6AE17954F50%7D_processocautelar.pdf>. Acesso em: 02 mai. 2013.

DIREITO INTERNACIONAL. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos - CADH, Pacto de San José.** Adotada e aberta à assinatura na Conferência Especializada

Interamericana sobre Direitos Humanos, em San José de Costa Rica, em 22 de novembro de 1969. Disponível em: <http://www.operacoesespeciais.com.br/userfiles/02_CADH.pdf>. Acesso em: 07 mai. 2013.

DIREITO INTERNACIONAL. **Convenção de Belém do Pará, de 1994.** Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher. Expedida na Cidade de Belém do Pará, Brasil, no dia nove de junho de mil novecentos e noventa e quatro. Disponível em: <<http://www.cidh.oas.org/Basicos/Portugues/m.Belem.do.Para.htm>>. Acesso em: 07 mai. 2013.

DIREITO INTERNACIONAL. **Convenção dos Direitos das Crianças.** Adotada pela Assembleia Geral nas Nações Unidas em 20 de Novembro de 1989. Promulgada no Brasil por meio do Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm>. Acesso em: 27 jul. 2013.

DIREITO INTERNACIONAL. **Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher.** Convenção de Belém do Pará. Adotada em Belém do Pará, Brasil, em 09 de junho de 1994, no Vigésimo Quarto Período Ordinário de Sessões da Assembleia Geral. Disponível em: <<http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/m.Belem.do.Para.htm>>. Acesso em: 27 jul. 2013.

DIREITO INTERNACIONAL. **Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais.** Adotada em Roma, a 04 de novembro de 1950, Modificada nos termos das disposições dos Protocolos nºs 11 e 14. Disponível em: <<http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhregionais/conv-tratados-04-11-950-ets-5.html>>. Acesso em: 27 jul. 2013.

DIREITO INTERNACIONAL. **Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, de 1948.** Resolução XXX, Ata Final, aprovada na IX Conferência Internacional Americana, em Bogotá, em abril de 1948. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/oea/oadcl.htm>>. Acesso em: 07 mai. 2013.

DIREITO INTERNACIONAL. **Declaração de Direitos da Virgínia de 1776.** Dos direitos que nos devem pertencer a nós e à nossa posteridade, e que devem ser considerados como o fundamento e a base do governo, feito pelos representantes do bom povo da Virgínia, reunidos em plena e livre convenção. Williamsburg, 12 de junho de 1776. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/dec1776.htm>>. Acesso em: 27 jul. 2013.

DIREITO INTERNACIONAL. **Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789.** Revolução Francesa, 26 de agosto de 1789. Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.gov.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_homem_cidadao.pdf>. Acesso em: 25 mai. 2013.

DIREITO INTERNACIONAL. **Declaração sobre os Direitos dos Povos Indígenas, de 2007.** Aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 07 de setembro de 2007. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Direito-dos-Povos-Ind%C3%ADgenas/declaracao-das-nacoes-unidas-sobre-os-direitos-dos-povos-indigenas.html>>. Acesso em: 07 mai. 2013.

DIREITO INTERNACIONAL. **Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos**. Aberto à assinatura em Nova Iorque, aos 19 de dezembro do 1966. Decretado no Brasil por meio do Decreto nº 592, de 06 de julho de 1992. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/pacto_dir_politicos.htm>. Acesso em: 27 jul. 2013.

DPLF, Fundação Devido Processo Legal. **Barreras para el acceso a la justicia en america latina: audiencia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos**. Washington/DC, IDL, DPLF, CEDHAPI e CEJIP, 27 de outubro de 2008. Disponível em: <<http://www.dplf.org/uploads/1225727341.pdf>>. Acesso em: 07 mai. 2013.

EUA, Estados Unidos da América, Constituição (1789). **Constituição dos Estados Unidos da América de 1789**. Discutida e aprovada pela Convenção Constitucional de Filadélfia, em 1787. Disponível em: <<http://www.braziliantranslated.com/euacon01.html>>. Acesso em: 27 jul. 2013.

HOLANDA JÚNIOR, Carlos Eduardo de Oliveira. **Breves considerações sobre a tutela antecipada na atual sistemática processual e no projeto do novo Código de Processo Civil**. Artigo publicado em 2012. Disponível em: <http://www.mp.ce.gov.br/esmp/publicacoes/edi001_2012/artigos/03_Carlos.Eduardo.Holanda.pdf>. Acesso em: 02 set. 2013.

IGNACIO JUNIOR, José Antonio Gomes. **Crítica a relativização da prova obtida por meio ilícito**. In: *Âmbito Jurídico*, XV, nº 100. Rio Grande, maio 2012. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11696&revista_caderno=9>. Acesso em: 24 jul. 2013.

ITÁLIA, Constituição (1947). **Constituição Italiana**. Aprovada pela Assembleia Constituinte em 22 de dezembro de 1947, promulgada em 27 de dezembro de 1947 e entrou em vigor no dia 01 de janeiro de 1948. Disponível em: <[http://www.educazioneadulti.brescia.it/certifica/materiali/6.Documenti_di_riferimento/La%20Costituzione%20in%2015%20lingue%20\(a%20cura%20della%20Provincia%20di%20Milano\)/CostituzioneItaliana-Portoghese.pdf](http://www.educazioneadulti.brescia.it/certifica/materiali/6.Documenti_di_riferimento/La%20Costituzione%20in%2015%20lingue%20(a%20cura%20della%20Provincia%20di%20Milano)/CostituzioneItaliana-Portoghese.pdf)>. Acesso em: 22 jul. 2013.

KÖHN, Edgar. **Principios e reglas e sua identificação na visão de Robert Alexy**. In: *Boletim Jurídico*, ano V, nº 254, edição nº 188, 22 jul. 2006. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1440>>. Acesso em: 02 nov. 2013.

LIMA JÚNIOR, José Carlos. **Acesso à Justiça**. In: *Jus Navigandi*, ano 14, nº 2334. Teresina, 21 nov. 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/13901>>. Acesso em: 07 mai. 2013.

LOURENÇO, Haroldo. **Precedente judicial como fonte do direito: algumas considerações sob a ótica do novo Código de Processo Civil - CPC**. In: *Revista Eletrônica Temas Atuais de Processo Civil*, vol. 01, nº 06, p. 38-65. Dez./2011. Disponível em: <<http://www.temasatuaisprocessocivil.com.br>>. Acesso em: 08 abr. 2014.

LUIZ NETO, Carlos. **O devido processo legal e a efetividade processual: uma difícil relação**. In: *Revista Virtual da AGU - Advocacia-Geral da União*, ano VII, nº 66, julho de 2007, 12 p. Disponível em:

<http://www.escola.agu.gov.br/revista/Ano_VII_julho_2007/devidoprocesso_carlosluiz.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2013.

MACHADO, Fábio Cardoso. **Condições de fungibilidade entre medidas cautelares e antecipatórias**. In: *Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, nº 671, 07 maio 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6685>>. Acesso em: 02 mai. 2013.

MAFRA, Jeferson Isidoro. **Sincretismo processual**. In: *Revista Juris Síntese*, nº 40, mar/abr. 2003. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/view/18264/17828>>. Acesso em: 02 mai. 2013.

MAIA, Anna Carolina Resende de Azevedo. **A tutela antecipatória no moderno processo civil brasileiro**. In: *Revista do Jurídica do Centro de Estudos Judiciários - CEJ*, nº 25, p. 104-106. Brasília, abr./jun. 2004.

MARIN, Jeferson Dytz; LUNELLI, Carlos Alberto. **Além da condenação: a ausência de pragmaticidade da ação condenatória e a busca da eficiência processual**. In: *Revista Eletrônica Temas Atuais de Processo Civil*, vol. 01, nº 06, p. 21-37. Dez./2011. Disponível em: <<http://www.temasatuaisprocessocivil.com.br>>. Acesso em: 08 abr. 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Derecho fundamental a la tutela judicial efectiva**. Curitiba: Universidad Federal del Paraná, 2011b. Disponível em: <http://www.academia.edu/1595825/DERECHO_FUNDAMENTAL_A_LA_TUTELA_JUDICIAL_EFECTIVA>. Acesso em: 02 nov. 2013.

MITIDIERO, Daniel Francisco. **Processo e cultura: praxismo, processualismo e formalismo em direito processual civil**. Publicado em 2004. Disponível em: <http://www.tex.pro.br/wwwroot/02de2004/processoecultura_danielmitidiero.pdf>. Acesso em: 02 mai. 2013.

OLIVEIRA, Marcus Vinícius Amorim de. **Jurisdição, poder do Estado e acesso à justiça**. In: *Escritório Online*, publicado em 16 de fevereiro de 2000. Disponível em: <http://www.escriptorioonline.com/webnews/noticia.php?id_noticia=1319&>. Acesso em: 02 mai. 2013.

OTEIZA, Eduardo. **Principios procesales: aclaraciones para contrarrestar su ambigüedad**. In: *Revista Eletrônica Temas Atuais de Processo Civil*, vol. 01, nº 06, p. 04-20. Dez./2011. Disponível em: <<http://www.temasatuaisprocessocivil.com.br>>. Acesso em: 08 abr. 2014.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Rápidas considerações sobre a antecipação da tutela como instrumento para a efetividade do Processo do Trabalho**. In: *Jus Navigandi*, ano 5, nº 51. Teresina, outubro de 2001. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/2087/rapidas-consideracoes-sobre-a-antecipacao-da-tutela>>. Acesso em: 02 set. 2013.

PEÑA, Henrique Tibúrcio. **Tutela antecipada: questões de aplicabilidade**. In: *Jus Navigandi*, Teresina, ano 6, nº 52, nov. 2001. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2351>>. Acesso em: 03 mai. 2013.

PERDOMO, Juan Rafael. *Acceso a la Justicia*. Venezuela: Tribunal Supremo de Justiça, [s.d.]. Disponível em: <http://www.tsj.gov.ve/informacion/miscelaneas/acceso_justicia.htm#acceso>. Acesso em: 07 mai. 2013.

SILVA, Igor Menelau Lins e. **A tutela antecipada e a possibilidade da concessão *ex officio* no processo civil brasileiro**. In: *Jus Navigandi*, ano 13, nº 2160. Teresina, 31 de maio de 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/12829/a-tutela-antecipada-e-a-possibilidade-da-concessao-ex-officio-no-processo-civil-brasileiro>>. Acesso em: 02 set. 2013.

SOARES, Evanna. **Tutela antecipada e liminar em cautelar**: traços distintivos. Comentário crítico ao acórdão STJ-REsp nº 159399-SP. In: *Jus Navigandi*, ano 07, nº 61, Teresina, jan. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3455>>. Acesso em: 02 mai. 2013.

SOSA, María Mercedes. *El poder judicial y la garantía del acceso a la justicia*. In: *Revista do Poder Judicial de la Provincia de Corrientes - Argentina*, [s.d.]. Disponível em: <<http://www.juscorrientes.gov.ar/informacion/publicaciones/publicaciones.php>>. Acesso em: 07 mai. 2013.

STF, Supremo Tribunal Federal. **Ação Direita de Inconstitucionalidade nº 223 MC / DF**. Tribunal Pleno. Relator Paulo Brossard. Relator para o Acórdão Sepúlveda Pertence. Julgado no dia 05 de abril de 1990. Publicado no DJ de 29 de junho de 1990, p. 06218. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 02 nov. 2013.

STF, Supremo Tribunal Federal. **Ação Direita de Inconstitucionalidade nº 295 MC / DF**. Pleno. Relator Paulo Brossard. Relator para o Acórdão Marco Aurélio. Julgado em 22 de junho de 1990. Publicado no DJU de 22 de agosto de 1997. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 02 nov. 2013.

STF, Supremo Tribunal Federal. **Ação Direita de Inconstitucionalidade nº 1.576 MC / DF**. Tribunal Pleno. Relator Marco Aurélio. Julgado em 16 de abril de 1997. Publicado no DJU de 06 de junho de 2003. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 02 nov. 2013.

STF, Supremo Tribunal Federal. **AgR-Pet nº 761/SP**. Primeira Turma. Relator Celso de Mello. Julgado em: 05 de dezembro de 1995. Publicado no DJ de 06 de junho de 1997, p. 24876. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 20 de maio de 2013.

STF, Supremo Tribunal Federal. **AI nº 503.617 AgR/PR**. Segunda Turma. Relator: Carlos Velloso. Julgado em 01 de fevereiro de 2005. Publicado no DJ de 04 de março de 2005, p. 00030. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 13 ago. 2013.

STF, Supremo Tribunal Federal. **Enunciado de Súmula nº 667**. Julgado em 24 de setembro de 2003. Publicado no DJ de 09 de outubro de 2004, p. 04. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 mai. 2013.

STF, Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 80.949/RJ**. Primeira Turma. Relator: Sepúlveda Pertence. Julgado em 30 de outubro de 2001. Publicado no DJ de 14 de dezembro de 2001, p. 00026. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 13 ago. 2013.

STJ, Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 528825/PR (2003/0115744-0)**. Sexta Turma. Relator: Paulo Medina. Julgado em 04 de dezembro de 2003. Publicado no DJ de 19 de dezembro de 2003, p. 737. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 02 mai. 2013.

STJ, Superior Tribunal de Justiça. **Embargos de Declaração nos Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Recurso em Mandado de Segurança nº 2.331 / SP (1992/0029951-2)**. Quinta Turma. Relator Gilson Dipp. Julgado em 02 de outubro de 2001. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 02 mai. 2013.

STJ, Superior Tribunal de Justiça. **MC 4.535 / AC (2001/0195256-7)**. Sexta Turma. Relator Paulo Gallotti. Julgado em 25 de junho de 2002. Publicado no DJ de 18 de novembro de 2002, p. 291. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/>>. Acesso em: 21 mai. 2013.

STJ, Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 131.853 / SC**. Terceira Turma. Relator Carlos Alberto Menezes Direito. Julgado em 05 de dezembro de 1997. Publicado no DJ de 08 de fevereiro de 1999, p. 276. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em: 02 set. 2013.

STJ, Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 144656/ES (1997/0052333-0)**. Segunda Turma. Relator Adhemar Maciel. Julgado em 06 de outubro de 1997. Publicado no DJ de 27 outubro de 1997, p. 54778. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 02 set. 2013.

STJ, Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 242816/PR (1999/0116421-4)**. Terceira Turma. Relator Eduardo Ribeiro. Julgado em 04 de maio de 2000. Publicado no DJ de 05 de fevereiro de 2001, p. 103. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 02 set. 2013.

STJ, Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 417005/SP (2002/0023494-2)**. Quarta Turma. Relator Ruy Rosado de Aguiar. Julgado em 25 de novembro de 2002. Publicado no DJ de 19 de dezembro de 2002, p. 368. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 02 set. 2013.

STJ, Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 821720 / DF**. Segunda Turma. Relator João Otávio de Noronha. Publicado no DJU de 30 de novembro de 2007, p. 423. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 02 mai. 2013.

STJ, Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 762.707 / RS (2005/0106848-3)**. Primeira Turma. Relator Luiz Fux. Julgado em 14 de agosto de 2007. Publicado no DJ de 20 de setembro de 2007, p. 225. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 02 mai. 2013.

THAMAY, Rennan Faria. **A hermenêutica como forma de superação da crise do direito processual civil**. In: *Revista Eletrônica Temas Atuais de Processo Civil*, vol. 01, nº 06, p. 67-103. Dez./2011. Disponível em: <<http://www.temasatuaisprocessocivil.com.br>>. Acesso em: 08 abr. 2014.

TJMG, Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. **Agravo de Instrumento nº 0601028-27.2012.8.12.0000**. Terceira Câmara Cível. Relator Fernando Mauro Moreira Marinho.

Julgado em 05 de fevereiro de 2013. Publicado no DJ-e de 29 de março de 2013. Disponível em: <<http://www.tjms.jus.br>> Acesso em: 21 mai 2013.

TJMG, Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. **Agravo de Instrumento nº 0397408-7 / BH (67119)**. Terceira Câmara Cível. Relator Maurício Barros. Julgado em 11 de junho de 2003. Disponível em: <<http://www.tjmg.jus.br>>. Acesso em: 06 set. 2013.

TJMG, Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. **Apelação Cível nº 2.0000.00.497100-8/000**. Relatora Teresa Cristina da Cunha Peixoto. Julgado em 23 de novembro de 2005. Publicado no DJ de 03 de fevereiro de 2006. Disponível em: <<http://www5.tjmg.jus.br>>. Acesso em: 25 ago. 2013.

TJMS, Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul. **Agravo de Instrumento nº 6717 / MS (2006.006717-0)**. Terceira Turma Cível. Relator Rubens Bergonzi Bossay. Julgado em 26 de junho de 2006. Publicado no DJ de 13 de julho de 2006. Disponível em: <<http://www.tjms.jus.br>>. Acesso em: 06 set. 2013.

TJPR, Tribunal de Justiça do Paraná. **Agravo de Instrumento nº 0173612-5**. Oitava Câmara Cível (extinto TA). Relator Marques Cury. Julgado em 13 de agosto de 2001. Publicado no DJ de 31 de agosto de 2001. Disponível em: <<http://www.tjpr.jus.br>>. Acesso em: 02 set. 2013.

TJRJ, Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. **Ag. nº 4.266/1996**. Quinta Câmara Cível. Relator Miguel Pachá. Julgado em 10 de dezembro de 1996. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br>>. Acesso em: 21 mai. 2013.

TJRJ, Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. **Agravo de Instrumento nº 6.456/99-RJ**. 5ª Câmara Civil. Relator Desembargador Carlos Raymundo Cardoso. Julgado em 14 de setembro de 1999. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br>>. Acesso em: 11 nov. 2013.

TJSC, Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. **Ação Cível nº 2010.046465-2 (Acórdão)**. Primeira Câmara de Direito Público. Relator Paulo Henrique Moritz Martins da Silva. Julgado em 07 de agosto de 2012. Disponível em: <<http://app.tjsc.jus.br>>. Acesso em: 29 ago. 2013.

TJSC, Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. **Ação Cível nº 2011.017999-0 (Acórdão)**. Quarta Câmara de Direito Civil. Relator Jorge Luis Costa Beber. Julgado em 07 de março de 2013. Disponível em: <<http://app.tjsc.jus.br>>. Acesso em: 29 ago. 2013.

TJSC, Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. **Agravo de Instrumento nº 1996.001452-7**. Primeira Câmara de Direito Comercial. Relator Amaral e Silva. Julgado em 17 de setembro de 1996. Disponível em: <<http://www.tj.sc.gov.br/>>. Acesso em: 21 mai. 2013.

TJSC, Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. **Processo nº 2009.017919-9 (Acórdão)**. Quinta Câmara de Direito Civil. Relator Monteiro Rocha. Julgado em 18 de outubro de 2012. Disponível em: <<http://app.tjsc.jus.br>>. Acesso em: 29 ago. 2013.

TJSP, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **AI nº 0114475-86.2011.8.26.0000**. Relator Franklin Nogueira. Julgado em 25 de outubro de 2011. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br>>. Acesso em: 01 set. 2013.

TRC, Tribunal da Relação de Coimbra, Portugal. **Processo (apelação) nº 404/06**. Primeira Secção Cível. Relator Ferreira de Barros. Acórdão de 21 de março de 2006. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt>>. Acesso em: 02 nov. 2013.

TRF1ªR, Tribunal Regional Federal da 1ª Região. **Agravo de Instrumento nº 01000649650 (Processo nº 199701000649650 / MG)**. 2ª Turma. Relator José Carlos Moreira Alves. Publicado no DJ de 01 de fevereiro de 1999. Disponível em: <<http://portal.trf1.jus.br>>. Acesso em: 10 nov. 2013.

TRF1ªR, Tribunal Regional Federal da Primeira Região. Distrito Federal e Região. **Apelação Cível nº 15238 (96.01.15238-5)**. Terceira Turma. Relator Juiz Tourinho Neto. Julgado em 15 de maio de 1996. Publicado no DJ de 31 de maio de 1996, p. 36526. Disponível em: <<http://portal.trf1.jus.br>>. Acesso em: 20 mai. 2013.

TRF3ªR, Tribunal Regional Federal da Terceira Região. **Ag. Reg. em Ação Resc. nº 96.03.013493-7 / SP**. Relator Juiz Sival Antunes. Julgado em 05 de junho de 1996. Publicado em 16 de outubro de 1996. Disponível em: <<http://www.trf3.jus.br>>. Acesso em: 29 ago. 2013.

TRF3ªR, Tribunal Regional Federal da Terceira Região. Estado de São Paulo e Região. **Apelação Cível nº 78411 / SP (1999.03.99.078411-8)**. Sexta Turma. Relator Desembargador Federal Lazarano Neto. Julgado em 28 de janeiro de 2010. Publicado no DJ-e de 28 de janeiro de 2010. Disponível em: <<http://www.trf3.jus.br>>. Acesso em: 21 mai. 2013.

TRF5ªR, Trib. Reg. Federal da Quinta Região. **Ap.Cív. nº 345950(2000.81.00.001652-0)**. Quarta Turma. Relator Luiz Alberto Gurgel de Faria. Publicado no DJ de 07 de março de 2005. Disponível em: <<http://www.trf5.gov.br>>. Acesso em: 20 ago. 2013