

# TUTELA PROVISÓRIA NO PROCESSO COLETIVO

Elaine Harzheim Macedo\*

## SUMARIO

Introducción: el derecho procesal y la posmodernidad. 2. El conflicto colectivo y el proceso colectivo: algunas ponderaciones. 3. Tutela de urgencia: reacción a la mora procesal. 4. Provisoriedad como alternativa de prestación jurisdiccional. 5. Provisoriedad de la prestación jurisdiccional en sede de decisión de urgencia. 5.1. Tutela de urgencia anticipada requerida incidentalmente en el proceso. 5.2 Tutela de urgencia anticipada requerida en carácter antecedente. 5.3 Tutela de urgencia cautelar requerida en carácter antecedente. 6. Extinción del proceso por ausencia de recurso: utilidad procesal. 7. Estabilización de la tutela provisoria y el instituto de la reducción. 8. Tutela de urgencia y proceso colectivo. 9. Consideraciones finales. Referencias bibliográficas.

## 1. INTRODUCCIÓN: EL DERECHO PROCESAL Y LA POSMODERNIDAD

El Derecho está en crisis. El propio Estado de Derecho está en crisis. Los movimientos de relecturas, de reconstrucción, de inauguración de institutos, alcanzan las naciones y los ordenamientos jurídicos del planeta, prácticamente pudiendo afirmarse que no hay espacio que no esté siendo

---

\* Doctora y Maestra en Derecho, Especialista en derecho procesal civil, Profesora en la Graduación y en el Programa de Pos-Graduación en Derecho junto a la PUCRS. Desembargadora jubilada del Tribunal de Justicia de Rio Grande do Sul. Ex-Presidente del Tribunal Regional Electoral de Rio Grande do Sul. Miembro del Instituto de los Abogados de Rio Grande do Sul y de la Asociación Brasileña de Derecho Procesal Constitucional. Presidente del IGADÉ – Instituto Gaúcho de Derecho Elcitoral. Abogada . E-mail: elaine@fhm.adv.br

objeto de debate, no sólo en el ámbito jurídico, como en la propia organización política y de la sociedad como un todo.

Necesidad de reordenación del pensamiento jurídico.

En este trabajo, se pretende abordar dos de esos importantes movimientos: el proceso colectivo, como espacio jurídico de construcción del derecho concreto, y la prestación jurisdiccional de urgencia, como antídoto a los maleficios del tiempo y de la mora procesal, que el nuevo CPC brasileño trata como TUTELA PROVISÓRIA

## **2. EL CONFLICTO COLECTIVO Y EL PROCESO COLECTIVO: ALGUNAS PONDERACIONES**

La discusión de mayor importancia que se plantea es el reconocimiento y la consecuente distinción entre los diversos conflictos que envuelven a la ciudadanía, pudiéndose clasificar los conflictos, teniendo por ángulo los sujetos que integran tales conflictos y que carecen de la intervención del Poder Judicial para ver tutelados sus intereses, en tres grandes grupos:

1. El **conflicto individual subjetivo**

2. El **conflicto colectivo**

3. El **conflicto repetitivo**, muy acostumbrado a la sociedad de consumo, que abarca intereses o derechos individuales homogéneos, principal responsable por las acciones pseudo-individuales.

Es importante, en ese punto, recordar que el Derecho – y de eso el proceso no se desvía – es un producto de la cultura, lo que lo torna fundamentalmente contingencial, es irrelevante, en el punto, si el conflicto es individual, colectivo o repetitivo, exigiendo del operador y del jurista compromiso con la consagración del orden jurídico y la tutela de los

derechos fundamentales, entre los cuales, el acceso a la justicia a través del debido proceso legal.

### **3. TUTELA DE URGENCIA: REACCIÓN A LA MORA PROCESAL**

Nuevo Código de Proceso Civil, la Ley n. 13.105/2015. Entre los argumentos que llevarán al exhaustivo trabajo de producir un nuevo estatuto que rigiese el universo establecido en el ámbito del proceso – aquí pensado como proceso subjetivo individual –, desde su instauración hasta el pleno cumplimiento de la sentencia, con el agotamiento de la controversia de derecho material que sustentó el conflicto, está la concreción de la efectividad y tempestividad de la prestación jurisdiccional, bajo un vector constitucional y democrático.

Destaque para las TUTELAS PROVISORIAS, superando a tradición pretérita que trabajaba las tutelas anticipatorias (incidentales al proceso de conocimiento) y las tutelas cautelares (antecedentes o incidentales).

Revocación del Libro del Proceso Cautelar.

Institución del **Libro V de la Parte General**, la **Tutela Provisoria**, que pasa a contar con la **Tutela de Urgencia y la Tutela de la Evidencia**, como especies y la **Tutela Anticipada y la Tutela Cautelar** como sub-especies de la Tutela de Urgencia.

Para los procedimientos especiales de tutela cautelar, la adopción de estrategias legislativas:

- a) Art. 301. La tutela de urgencia de naturaleza cautelar puede ser efectivizada mediante embargo, secuestro, inscripción de bienes, registro de protesto contra alienación de bien y cualquier otra medida idónea para aseguración del derecho.
  
- b) Por otro lado, en el capítulo de las pruebas, en los arts. 381/383, el Código introduce un incidente procesal denominado **De la**

**Producción Anticipada de Prueba**, abarcando no sólo la auténtica anticipación de prueba, sino también la pretensión exhibitoria, conforme el inciso III: “*el previo conocimiento de los hechos pueda justificar o evitar el enjuiciamiento de acción*”.

- c) Y en el capítulo **De los deberes de las Partes y sus Procuradores**, el art. 77, inciso VI, establece: “*no practicar innovación en el estado de hecho del bien o derecho litigioso*”, componiendo, por otra vía, hipótesis típica de la acción de atentado, hasta entonces regulada por los arts. 879 a 881 del CPC de 1973.

Fueron verdaderas “salidas técnicas” para poder eliminar por entero el Libro III, del Proceso Cautelar.

#### **4. PROVISORIEDAD COMO ALTERNATIVA DE PRESTACIÓN JURISDICCIONAL**

Desenvolver: prestación jurisdiccional provisoria *versus* prestación jurisdiccional definitiva.

Rompimiento con el paradigma de la ordinariedad – umbilicalmente vinculado a la seguridad jurídica y a la definitividad de las decisiones para evitar el divorcio del proceso del derecho material – en búsqueda de la sustancialidad de la prestación jurisdiccional.

Mayor efectividad y tempestividad.

Es irrelevante si la opción por la provisoriedad implicara apenas una fase inicial del proceso instaurado, remitiendo para otra subsiguiente la ordinariedad, o también si se agotara aisladamente en un procedimiento no exhaustivo.

## **5. PROVISORIEDAD DE LA PRESTACIÓN JURISDICCIONAL EN SEDE DE DECISIÓN DE URGENCIA**

Entre la jurisdicción de la provisoriedad y la jurisdicción de la definitividad (esa última objeto de sentencia y sujeta al instituto de la cosa juzgada), ambas indispensables a la función del Poder Judicial en cuanto responsable por la administración de la justicia del caso concreto, hay un hilo de intercomunicación que permite que lo provisorio se torne definitivo. Pero hay, también, la hipótesis de que lo provisorio se agote en sí mismo, sin que pierda los efectos producidos sobre la relación de derecho material, sino en todos, por lo menos en algunos casos precisos.

### **5.1. Tutela de urgencia anticipada requerida incidentalmente en el proceso**

Técnica tradicional del proveimiento anticipatorio.

### **5.2. Tutela de urgencia anticipada requerida en carácter antecedente**

Novedad en la legislación procesal brasileña: arts. 303 y 304 del nuevo CPC.

### **5.3. Tutela de urgencia cautelar requerida en carácter antecedente**

Arts. 305 a 310 del nuevo CPC. Revisación del sistema tradicional de tutela cautelar, antecedente o incidental. No dispensa del proceso definitivo.

## **6. EXTINCIÓN DEL PROCESO POR AUSENCIA DE RECURSO: UTILIDAD PROCESAL**

Innovación de CPC de 2015.

En complementación al procedimiento de la tutela anticipada requerida en carácter antecedente, apto a transformarse en proceso

definitivo, el Código trae en su art. 304, § 1º, hipótesis de extinción del proceso provocada por el demandado, al no ofrecer resistencia al pedido del autor vía interposición de recurso.

Créase la estabilización de la tutela provisoria, sin carácter de definitividad no calificándose por la indiscutibilidad e inmutabilidad propia de la cosa juzgada.

## **7. ESTABILIZACIÓN DE LA TUTELA PROVISORIA Y EL INSTITUTO DE LA REDUCCIÓN**

En sede de tutela provisoria y de la jurisdicción de urgencia, es la estabilización de la decisión que la concede el paso más significativo en camino de un nuevo paradigma de proceso e de prestación jurisdiccional.

Tema propuesto: una nueva causa de reducción?

## **8. TUTELA DE URGENCIA Y PROCESO COLECTIVO**

Considerando que el proceso matriz, en el derecho brasileño, para regir el proceso colectivo es la Acción Civil Pública regulada por la Ley n. 7.347, de 1985, importa aquí analizar la adecuación de este estatuto y su adherencia, en lo que dice con las tutelas de urgencia (anticipatorias y cautelares) con el nuevo Código de Proceso Civil, que indiscutiblemente a la acción civil pública deberá incidir subsidiariamente.

Adherencia a la anticipación de tutela (satisfactiva) incidental, a la posibilidad de ser promovida la tutela cautelar antecedente, pero vinculado el procedimiento a la proposición del proceso definitivo y ausencia de compatibilidad con el procedimiento de la anticipación de tutela concedida en carácter antecedente.

## **9. CONSIDERACIONES FINALES**

El proceso civil, no importando si el conflicto es individual, colectivo o repetitivo, está en crisis y eso significa su relectura, la develación de sus instituciones y estructuras, bajo el manto de la constitucionalidad y del rol de garantías fundamentales de la persona humana.

Por otro lado, es cada vez más necesaria la previsión de una jurisdicción de urgencia, aunque de carácter provisorio.

Las novedades introducidas por el Código de 2015, en lo particular, no están inmunes a la crítica y a posibles insuficiencias frente a las múltiples y cada vez más variadas exigibilidades fundadas en el derecho material y en la significativa complejidad de las relaciones jurídicas de una sociedad plural, de alta rotatividad, donde el tiempo no se mide más por el reloj tradicional.

Pero ignorar el problema – necesidad de que el ordenamiento jurídico cuente con tutelas apropiadas e el contenido y en el tiempo a las pretensiones deducidas – no es la solución. La divergencia y la convergencia de ideas sobre el texto normativo es altamente productivo, contribuyendo para el perfeccionamiento y la consolidación de propuestas que contienen en sí – y esta es la lectura que defendemos – la finalidad última de concretizar un proceso civil democrático, efectivo y tempestivo, ahí encuadrándose las tutelas provisionarias como contrapunto a las tutelas definitivas, esas con vocación para la indiscutibilidad e inmutabilidad del juzgamiento, privilegiando la paz social y la seguridad jurídica, aquellas con vocación para resolver de pronto el caso concreto reponiendo a las partes al *statu quo* en lo mínimo razonable.

Y si tales tutelas son importantes en el proceso individual, más aún cuando se está tratando del proceso colectivo, donde los intereses y derechos tutelados integran a una colectividad que está a merced del Poder Judicial para ver que sus derechos fundamentales sean asegurados y

concretizados, último espacio democrático de concretización del orden jurídico.

### **REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: obras consultadas o referidas**

BODART, Bruno Vinícius da Rós. Alguns apontamentos sobre a Reforma Procesal Civil italiana – sugestões de direito comparado para o anteprojeto do novo CPC brasileiro. *In* O novo Processo Civil Brasileiro: Direito em expectativa (reflexões acerca do Projeto do novo Código de Processo Civil. Coord. Luiz Fux, Rio de Janeiro: Forense, 2011.

CALAMANDREI, Piero. Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari. CEDAM, 1936.

CAMPS, Carlos Enrique. Eficacia cautelar de los procesos colectivos. (In) Procesos colectivos, Coord. de OTEIZA, Eduardo, Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores, 2006.

DIDIER Jr., Fredie. Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos de tutela (Fredie Didier Jr., Paulo Sarno Braga e Rafael Alexandra de Oliveira). V.2, 10 ed., Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015.

FUX, Luiz. O novo processo civil. *In* O novo Processo Civil Brasileiro: Direito em expectativa (reflexões acerca do Projeto do novo Código de Processo Civil. Coord. Luiz Fux, Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MACEDO, Elaine Harzheim. Do procedimento monitório. 2ª tiragem, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999.

\_\_\_\_\_. De Salomão à Escolha de Sofia: proposta de legitima da decisão judicial à luz da Constituição de 1988, *in* Constituição, Jurisdição e Processo: estudos em homenagem aos 55 anos da Revista Jurídica (Coord.: MOLINARO, Carlos Alberto, MILHORANZA, Mariângela Guerreiro; PORTO, Sérgio Gilberto). Sapucaia do Sul: Notadez, 2007, p. 259-296.

MARINONI, Luiz Guilherme. Técnica processual e tutela dos direitos. 4º ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

\_\_\_\_\_. Novo código de processo civil comentado (Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart, Daniel Mitidiero. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

SALDANHA, Jânia Maria Lopes. Substancialização e efetividade do direito processual civil – a sumariada material da jurisdição: proposta de estabilização da tutela antecipada em relação ao Projeto de Novo CPC. Curitiba: Juruá, 2011.

PONTES DE MIRANDA. Comentários ao Código de Processo Civil, Tomo III, arts. 154 a 281. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

SILVA, Jaqueline Mielke. A tutela provisória no novo Código de Processo Civil, no prelo.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. Curso de Processo Civil, Vol. III. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993.

\_\_\_\_\_. Processo e ideologia: o paradigma racionalista. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004.

\_\_\_\_\_. Epistemologia das ciências culturais. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009.

THEODORO JR, Humberto. Coisa julgada e segurança jurídica: alguns temas de relevante importância no âmbito das obrigações tributárias, *in* Tempestividade e efetividade processual: novos rumos do processo civil brasileiro (Org. Geraldo Cordeiro Jobim, Marco Félix Jobim e Denise Estrela Tellini). Caxias do Sul, RS: Plenum, 2010.

TORRES, Artur Luis Pereira. Do “individualismo” ao “coletivismo” no processo civil brasileiro. (In) [www.procesoscoletivos.net](http://www.procesoscoletivos.net), Porto Alegre, v. 2, n. 3, julho e setembro, publicado em 01/01/2011, acesso em 06/07/2011.

VENTURI, Elton. Processo civil coletivo: a tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil. Perspectivas de um Código Brasileiro de Processos Coletivos. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

VERBIC, Francisco. Procesos colectivos. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2007.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Poder Judiciário: crise, acertos e desacertos. Trad. de Juarez Tavares. São Paulo: Revista dos Tribunais Editora, 1995.

ZAMAR, Leonardo C. González. Lineamientos para un proceso colectivo eficaz. Medidas cautelares. Tutela anticipatoria. Intervención del juez. (In) Procesos colectivos, Coord. de OTEIZA, Eduardo, Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores, 2006.

ZAVASCKI, Teori Albino. Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos, 4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.