

AS AÇÕES COLETIVAS COMO INSTRUMENTO DE EFETIVIDADE DAS RELAÇÕES DE CONSUMO, ANALISANDO A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE.

JOSÉ LUIZ RAGAZZI*

*Doutor em Direito Processual Civil pela PUC-SP, Sócio de J. Bueno e Mandaliti Sociedade de Advogados**

DIRCEU PEREIRA SIQUEIRA*

** Bacharel em Direito pela UNIRP; Especialista em Direito Civil e Processual Civil pela UNIRP; Mestre em Direito Constitucional pelo Centro de Pós-Graduação da ITE Bauru – SP*

Sumário: 1. Introdução: 2. Legitimação Coletiva: 2.1. Legitimação Coletiva *Ativa*: 2.2. Legitimação Coletiva *Passiva*: 3. O direito fundamental à efetividade do processo: Conclusão: Bibliografia.

RESUMO

O processo de coletivo muito se desenvolveu nos últimos tempos, e graças a este desenvolvimento desenfreado, e ao mesmo tempo tardio, começamos a nos deparar com situações novas que ensejam melhores análises. Dúvidas são inúmeras nas ações coletivas, dúvidas estas que nos dispusemos a enfrentar no respectivo trabalho, ao menos no que tange a legitimação nas ações coletivas. O trabalho pretende analisar a questão atinente à legitimação em suas duas vertentes, tanto *ativa* como *passiva*, sendo que neste contexto muitas são as questões que se insurgem. Os embates neste contexto são necessários, e ao mesmo tempo nos levam a progressos dos quais necessitam o processo coletivo, assim o trabalho visa analisar de maneira específica o processo coletivo em um panorama geral, focando essencialmente a “legitimação”.

ABSTRACT

The process of collective was very developed in the last times, and thanks to this wild development, and at the same time delayed, we start coming across in them with new situations that try better analyzes. Doubts are innumerable in the class actions, doubts these that we made use in them to face in the respective work, the least in what it refers to the legitimation in the class actions. The work intends to analyze the question atinente to the legitimation in its two sources, active as in such a way passive, being that in this context many are the questions that if insurgem. You strike them in this context are necessary, and at the same time in them they take the progressos which they need the collective process, thus the work aims at to analyze in way specifies the collective process in a general panorama, focando the “legitimation essentially”.

** Bacharel em Direito pela; Mestre em Direito Constitucional pelo Centro de Pós-Graduação da ITE Bauru – SP; Doutor em Direito pela PUC/SP; Professor nos cursos de Graduação, Especialização e Mestrado da ITE/Bauru, Professor tutor do Núcleo de Pesquisa e Integração do Centro de Pós-Graduação da ITE/Bauru. Advogado

* Bacharel em Direito pela UNIRP; Especialista em Direito Civil e Processual Civil pela UNIRP; Mestre em Direito Constitucional pelo Centro de Pós-Graduação da ITE Bauru – SP; Pesquisador do Núcleo de Pesquisas e Integração do Centro de Pós-Graduação da ITE; Advogado.

PALAVRAS-CHAVE:

tutela coletiva; ação coletiva; processo coletivo; legitimidade.

1. Considerações Iniciais.

Ao tratarmos de tutela coletiva como instrumento de efetividade das relações de consumo, passamos a analisar um tema que vêm ganhando espaço em todas as esferas do mundo jurídico, especialmente no tocante ao direito do consumidor, afinal, este por certo merece realce maior quanto ao tema, afinal, a relação de consumo permeia a vida do cidadão no seu dia-dia, sendo que a descoberta de meios que visem facilitar estas relações são extremamente relevantes ao ordenamento jurídico.

E neste contexto, devemos ressaltar que a massificação que tomou conta do estado moderno vêm ganhando espaço pois, atravessamos cotidianamente disputas que envolvem grupos das mais diversas posições, sendo que a cada momento que assim ocorre temos o envolvimento de lides coletivas, e com isso, enraizado a este fenômeno temos novidades no contexto jurídico que nos leva a uma reflexão diária afim de aferir melhores meios para disposição destas lides, e que merecem destaque face a importância “coletiva” que nos traz.

Assim, nos enfrentaremos o tema no que se refere essencialmente a *legitimidade nas ações coletivas frente a relações de consumo*, aspecto este que vêm merecendo destaque no cenário nacional do direito coletivo, e com isso, vem ganhando espaço nas divergências doutrinárias, opondo grande parte da doutrina acerca do tema, sendo que em todo momento, temos novos posicionamentos, que retratam posicionamentos dos mais relevantes.

No tocante a “*legitimidade*”, o trabalho visa contrapor posições doutrinárias já existentes, especialmente no tocante a legitimidade passiva, pois esta tem, ao longo do tempo contraposto concepções jurídicas doutrinárias das mais renomadas, ensejando verdadeiros embates doutrinários.

Sendo que não deixaremos de lado o estudo acerca da legitimação ativa, tema que também suscita inúmeras dúvidas, e que também por certo traz divergências doutrinárias das mais significativas, fato este facilmente vislumbrado acerca do estudo da legitimidade do Ministério Público.

Porém face às análises propostas, teremos que acima de tudo interpretar precisamente o disposto no art. 82 do Código de Defesa do Consumidor, o qual representa a essência do estudo.

2. Legitimidade nas ações coletivas.

Relevante se faz o estudo do tema, vez que há previsão no texto legal, quanto à legitimação tanto *ativa* quanto “*passiva*¹”, porém, o que enseja o estudo é aferir se tal rol seria *exaustivo* ou meramente *exemplificativo*, assim, temos que analisar melhor o assunto afim se firmarmos ao final uma posição, ou ainda, ao final, optarmos por alguma das posições doutrinárias que estudaremos.

Devemos ainda destacar a dificuldade em se estudar o tema, afinal, se atualmente o tema “tutela jurisdicional coletiva”, vem sendo tão enfrentado pelos estudiosos do direito, isso se faz frente a dificuldade prática que este vêm refletindo, afinal, ao adentrarmos nesta seara, somos naturalmente obrigados a enfrentar inúmeros temas aos quais refletem o estudo, e com isso, mister se faz uma análise mais globalizada acerca do tema.

2.1. A legitimidade *coletiva ativa* nas ações coletivas que versem sobre relações de consumo.

A legitimação coletiva *ativa*, em ações que versem de relação de consumo, bem como as demais ações coletivas, são regidas basicamente de dois posicionamentos doutrinários, sendo que primeiro acena em sentido de que nosso legislador estabeleceu um *rol taxativo* de legitimados, o que nos levaria a avaliar que não há o que se discutir, afinal o texto de lei fora *exaustivo* no tocante a *representação ativa* no processo coletivo, estabelecendo todos os quais têm a possibilidade de compor o pólo ativo do processo coletivo².

Porém, o segundo posicionamento entende, que o *rol não é exaustivo*,

¹ Enuncia Pedro Dinamarco, que apesar de ser recomendável que haja previsão legal da ação coletiva passiva, ou como destaca: “defendant class action”, ensejando com isso alterações substâncias das regras relativas a coisa julgada, leciona que atualmente, não é possível reconhecer tal fenômeno. (DINAMARCO, 2001 p. 268-273).

² Já demonstrou adotar tal entendimento o ilustre jurista Nelson Nery, ao ressaltar que tal entendimento prevalece ao menos em regra. (NERY Jr.; NERY, 2004, p. 1427).

e ainda, firmam entendimento de que além de não ser exaustivo, comporta exceções, sendo que em alguns casos podem ainda, os legitimados dentro do rol, não reunirem condições, para compor o pólo ativo do processo coletivo³.

Passemos a analisar melhor o segundo posicionamento, vez que este se refere a maior parte da doutrina, e por certo comporta maiores vertentes e indagações. Assim, os adeptos deste posicionamento, defendem a *possibilidade do magistrado* ter o *poder-dever* de analisar a legitimidade do autor em qualquer processo coletivo, incumbindo-lhe a obrigação de analisar o nexos existente entre o legitimado por previsão legal, e a ação interposta, algo que ao menos em um primeiro momento nos parece um tanto quanto razoável, afinal não poderíamos imaginar que um *“legitimado legalmente estabelecido”* intente uma ação coletiva para a qual não reúna o menor nexos de causalidade.

Logo, mister se faz que o legitimado coletivo comprove, presente, condições pertinentes ao litígio, demonstrando condições para litigar e ainda, apresentar uma *“condução tecnicamente correta”*, afinal, neste momento o magistrado exerce um papel crucial, o de fazer tal análise de forma a beneficiar a coletividade, a efetivar a tutela coletiva.

Merece destaque ainda a questão atinente ao *Ministério Público*⁴, que pelo rol estabelecido pelo legislador, quanto à *legitimidade ativa*, teria um papel de *“legitimado universal”* em processos coletivos, sendo que assim, sempre estaria legitimado. Porém, seria correto firmar entendimento neste sentido, ou estaria mesmo assim o Ministério Público, sujeito à análise do Magistrado quanto a sua possibilidade de compor o pólo ativo da demanda?

Nos parece que mesmo sendo o Ministério Público, o órgão, talvez mais bem preparado, no que diz respeito a preparo técnico-jurídico, ainda sim, deve, se submeter ao critério de avaliação do magistrado, demonstrando ter *“pertinência temática”* como assim expressa o Supremo Tribunal Federal.⁵

³ “...o sistema pátrio permite ao juiz seguindo a tendência da legislação alienígena, o controle sobre a *representatividade adequada* dos legitimados ativos, devendo indeferir o processamento de lides quando flagrantemente temerárias ou se verificada a representatividade inidônea e inadequada.” (LENZA, 2005 p. 205).

⁴ “...o Ministério Público tem **legitimação ampla e irrestrita** para promover a ação civil pública, mas desde que o bem tutelado tenha natureza típica de direito ou interesse difuso e coletivo.”(g.n.) - (ZAVASCKI, 2007, p. 77)

⁵ O Supremo Tribunal Federal assinala, também neste sentido, atribuindo a tal análise a expressão *“pertinência temática”*, demonstrando que o legitimado ativo deva comprovar em juízo, e submeter-se à apreciação do magistrado, o seu vínculo de afinidade temática, como ao expressar que o Ministério Público não está legitimado a propor ação coletivas tributárias, nem aquelas atinentes a direitos individuais disponíveis. Destacando ainda o posicionamento da Suprema Corte ao apreciar à *“ação direta de inconstitucionalidade. Confederação Nacional das Profissões Liberais – CNPL. Falta de legitimidade ativa. – Na ADI 1.792, a mesma Confederação Nacional*

Devemos ainda considerar, neste nosso desiderato de elucidar questões atinentes à *legitimidade ativa coletiva*, que estamos tratando de processos coletivos, onde estão envolvidos *aspectos de toda uma coletividade* e assim, o cuidado do magistrado deve ser redobrado, visando acima de tudo à efetividade da tutela, que irá atingir a toda coletividade.

Assim, se partirmos da premissa que deva o magistrado avaliar a pertinência temática no pólo ativo da ação coletiva, e ainda, *se não houver tal pertinência*, ainda sim, sendo demonstrado que o objeto da ação exista, deve o magistrado proceder, sua *adequação*, ou seja, a *substituição do autor (inadequado, não pertinente)*, por um autor, *legítimo*, que irá ocupar o pólo ativo do processo coletivo, de forma a conduzir o processo de forma eficaz.

Sendo que assim estabelece o Anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos: “Art. 21, § 4º. Em caso de inexistência inicial ou superveniente do requisito da representatividade adequada, de desistência inicial ou superveniente do requisito da representatividade adequada, de desistência infundada ou abandono da ação, o juiz notificará o Ministério Público e, na medida do possível, outros legitimados adequados para o caso a fim, de que assumam, **querendo**, a titularidade da ação”.(g.d.)

Neste momento, pedimos vênias aos autores do anteprojeto, para fazer uma consideração, que entendo merecer destaque, a qual refere-se à *possibilidade*, destes órgãos assumirem a titularidade ou não da ação coletiva, sendo que não deveria haver aqui a possibilidade de assumirem a ação, e *sim a necessidade*, senão vejamos:

Ao utilizarem a expressão “*possibilidade*”, os autores do anteprojeto estabeleceram o arbítrio dos órgãos assumirem ou não a titularidade da ação, de interesse coletivo, que possui um objeto, ao menos aparentemente jurídico e possível, pois se assim não fosse, não estaria motivado o ato do magistrado em notificar qualquer pessoa que seja. Logo, se temos um objeto juridicamente possível

das Profissões Liberais – CNPL não teve reconhecida sua legitimidade para propô-la por falta de pertinência temática entre a matéria disciplinada nos dispositivos então impugnados e os objetivos institucionais específicos dela, por se ter entendido que os notários e registradores não podem enquadrar-se no conceito de profissionais liberais. – Sendo a pertinência temática requisito implícito da legitimação, entre outros, das Confederações e entidades de classe, e requisito que não decorreu de disposição legal, mas da interpretação que esta Corte fez diretamente no texto constitucional, esse requisito persiste não obstante ter sido vetado o parágrafo único do artigo 2º da Lei 9.868, de 10.11.99. É de aplicar-se portanto, no caso, o precedente acima referido. Ação direta de inconstitucionalidade não conhecida (ADI 2482/MG, STF, Pleno, relator Min. MOREIRA ALVES, j. 02.10.2002, DJ de 25.04.2003, p. 32.)”.

que é de interesse de uma coletividade, porque facultar aos representantes desta coletividade a possibilidade de agirem, ou não.

Nos parece que neste tocante, os ilustres autores do anteprojeto poderiam ter atuado de forma diversa, estabelecendo em caso de não haver mais de um órgão interessado, haveria por certo a obrigatoriedade na atuação daquele órgão que foi oficiado, visando à efetividade da tutela coletiva, e acima de tudo, excluindo assim, a possibilidade, ao menos em tese, da interferência de forças externas, para a atuação na lide, o que poderia ocorrer por certo, em se tratando de órgão diversos, sob a ótica do Ministério Público, o qual atuaria como *fiscal da Lei*.

2.2. A legitimidade *coletiva passiva* nas ações coletivas que versem sobre relações de consumo.

Pois bem, no contexto da relação consumo, nos parece um tanto quanto claro que o pólo passivo da demanda sempre será um fornecedor, porém o estudo visa não só acentuar um entendimento aparentemente óbvio, mas o estudo deste item, edifica-se na premissa de que além o fato de que compor este pólo passivo, de forma correta é uma tarefa árdua, na qual encontramos alguns percalços.

Assim, devemos considerar que a questão atinente a legitimação coletiva passiva, é extremamente divergente na doutrina, dividindo grande parte da doutrina, acerca de sua possibilidade ou não, sendo que neste cenário, opõe se doutrinadores renomados que divergem de sobremaneira em seus argumentos, tentando justificar a existência ou não da legitimação coletiva passiva.

Pois bem, devemos primeiramente analisar a posição favorável à *legitimidade passiva ou ação coletiva passiva* destacando o posicionamento de Ada Pellegrini Grinover⁶, posicionamento este em que se estabelece claramente, a *necessidade* do magistrado proceder à adequação da “*representatividade adequada*”.⁷

De outro lado, temos o posicionamento daqueles que defendem a

⁶ GRINOVER, A. P. Ações coletivas ibero-americanas: novas questões sobre a legitimação e a coisa julgada. *Revista Forense*, nº 301, p. 3-12

⁷ “Mas o reconhecimento ao juiz de poderes para aferir a ‘representatividade adequada’ do legitimado à ação coletiva, se é importante nos casos de legitimação ativa, assume maior relevância ainda quando se admita a existência, no ordenamento de uma ação (individual ou coletiva) contra a classe, conferindo-se a esta a legitimidade passiva para a causa.”(g.) - (GRINOVER, 2006. p. 215)

impossibilidade de tal situação *por não estar presente no texto legal*, o que por si só já bastaria para impossibilidade tal situação; *pela dificuldade na identificação do representante adequado (pólo passivo); quanto à coisa julgada coletiva*⁸.

Assim, a analisemos os argumentos de cada posição para justificar seu posicionamento.

Quanto à possibilidade da legitimação passiva em ações coletivas, posição em especial defendida por Ada Pellegrini Grinover, que bem analisa a questão e demonstra argumentos favoráveis encontrados na legislação brasileira, os quais passamos a discorrer:

- a) Lei da Ação Civil Pública – artigo 5º, § 2.⁹
- b) Código de Defesa do Consumidor – artigo 107.¹⁰

“**art. 107.** As entidades civis de consumidores e as associações de fornecedores ou sindicatos de categoria econômica podem regular, por convenção escrita, relações de consumo que tenham por objeto estabelecer condições relativas ao preço, à qualidade, à quantidade, à garantia e características de produtos e serviços, bem como à reclamação e composição do conflito de consumo.
- c) Código de Defesa do Consumidor – artigo 83.¹¹

“**art. 83.** Para a defesa dos direitos e interesses protegidos por este Código são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela.

Estes são os fundamentos que justificariam o posicionamento favorável

⁸ Importante posicionamento de Arruda Alvim, que ao analisar o Código de Defesa do Consumidor, mais precisamente em seus arts. 81, 82 e 103, se posiciona de maneira a entender que “a ação coletiva só poderá ser proposta pelos representantes adequados, não podendo contra eles ser ajuizada.” (g.d.). (ARRUDA ALVIM, Arruda, et al., Código do consumidor comentado, 1995, p. 346).

⁹ “... facultando ao Poder Público e a outras associações legitimadas, nos termos do caput, habilitar-se como litisconsortes de qualquer das partes. É evidente, portanto, que se a intervenção no processo de entes legitimados às ações coletivas pode se dar como litisconsortes do autor ou do réu, é porque a demanda pode ser intentada pela classe ou contra ela”. - (GRINOVER, 2006. p. 218).

¹⁰ “... contempla a chamada ‘convenção coletiva de consumo’, permitindo às entidades civis de consumidores e às associações de fornecedores, ou sindicatos de categorias econômica, regular, por convenção escrita, relações de consumo que tenham por objeto estabelecer condições relativas ao preço, à qualidade, à quantidade, à garantia e características de produtos e serviços, bem como à reclamação e composição do conflito de consumo”. - (in GRINOVER, Ada Pellegrini. *O processo: estudos e pareceres*. São Paulo: Editora Perfil, 2006. p.218).

¹¹ “O sentido do dispositivo é o da irrestrita tutelabilidade, em juízo, das questões inerentes às relações de consumo, consubstanciando a idéia da efetividade do processo”. (GRINOVER, 2006. p.219).

à existência da possibilidade de legitimação coletiva passiva, porém, há que se ressaltar que mesmo os defensores de tal possibilidade, reconhecem a existência de problemas práticos no que tange essencialmente a coisa julgada.¹²

Quanto aos que defendem a “impossibilidade” da *legitimidade coletiva passiva*, fundamentam seu posicionamento da seguinte maneira:

a) Código de Defesa do Consumidor – artigo 82.¹³ – texto normativo obstáculo insuperável¹⁴:

“art. 82. Para os fins do art. 81, parágrafo único, são legitimados concorrentemente”

b) Identificação do representante adequado – pois não há identificação legislativa;

c) Coisa julgada coletiva – regramento (possibilidade de prejudicar direitos individuais)

3. A efetividade do processo como um direito fundamental.

É certo que Estado, é o titular da jurisdição, e por assim ser, possui o “monopólio¹⁵” da jurisdição, o Estado tem dentre suas atribuições à obrigação de atuar com eficiência no que se refere à tutela jurisdicional. Ocorre que a os serviços prestados pelo Estado neste contexto, não têm sido dos melhores, a crise notória da (má) administração da justiça, decorrente não só do aumento dos conflitos sociais, mas, em grande medida, do mau aparelhamento do Poder Judiciário – físico, tecnológico e pessoal –provoca na sociedade a sensação de impunidade, de injustiça.

Com a tutela jurisdicional coletiva não é diferente, sendo que as técnicas processuais já não mais se compatibilizavam com o necessário para

¹² Idem, p. 219.

¹³ Sendo que tal dispositivo, talvez seja a maior, fonte normativa da legitimação coletiva, os entes ali colocados não poderiam vir à ocupar o pólo passivo da demanda, podendo apenas figurar como autores, ocupando-se assim o pólo ativo das demandas coletivos que venham a atuar.

¹⁴ DINAMARCO, P. “*Las acciones colectivas pasivas em el Código Modelo de procesos colectivos para Iberoamérica*”. *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogêneos – hacia um Código Modelo para Iberoamérica*. Antonio Gidi e Eduardo Ferrer Mac-Gregor (coord.). México: Porrúa, 2003, p. 132.

¹⁵ Há que se ressaltar neste contexto, que ao afirmarmos que o monopólio da jurisdição é do Estado, devemos ressaltar que nos referimos aos mecanismos de monopólio, sendo que alguns atos fogem da esfera estatal, tais como a “arbitragem”, porém, nesta esfera não têm-se a coerção que somente será exercida pelo Estado. Exemplo: quando o cidadão deixa de comparecer perante o juízo arbitral, não pode o juiz arbitrar, exercer função típica do Poder Judiciário, a de coerção deste indivíduo, tendo que requerer a um Juiz togado, para que o faça.

garantir a efetividade da tutela coletiva. Tentando minimizar os impactos negativos da ineficiência judiciária, o legislador tem adotado mecanismos tendentes a garantir a celeridade do processo, ou seja, procurando satisfazer o princípio constitucional da efetividade do processo.

Não poderíamos deixar de traçar algumas reflexões, ainda que perfunctórias, sobre a fundamentalidade do direito ao processo efetivo e célere.

O movimento neoconstitucionalista, e paralelamente, o neoprocessualista¹⁶, tem clamado por uma postura mais comprometida do Judiciário para, efetivamente, tutelar o direito material *sub iudice* de forma célere e justa, impondo-se conduta que, analisando o caso em concreto, efetivamente seja hábil a tutelar o direito posto em juízo. Para tanto, necessário libertar-se do dogma da subsunção, pensamento arraigado na teoria da separação dos poderes, onde ao Juiz incumbia, exclusivamente, verificar os fatos e aplicar a norma jurídica.

Hoje, porém, muito mais que a simples subsunção, mister a análise da norma jurídica frente ao ordenamento constitucional, com suas regras e princípios, avaliando-se, por ângulos diversos, se a aplicação da regra infraconstitucional é condizente com os ditames da Constituição, ou se, ao contrário, já não se comporta mais tal aplicação frente aos novos valores decorrentes da interpretação constitucional.¹⁷

Podemos observar os direitos fundamentais sob as óticas material e formal. Do ponto de vista formal, consideram-se direitos fundamentais aqueles

¹⁶ Sobre o assunto v. artigo de Eduardo Cambi onde, em sede de conclusão, o autor assevera que "... o neoconstitucionalismo e o neoprocessualismo não são tendências que devem ficar apenas no plano teórico, exigindo do operador jurídico novas práticas para que, assim, seja possível resistir, sempre com apego na Constituição, a toda forma de retrocessos, o que servirá – e isto, por si só, não é pouco – para a concretização da *consciência constitucional* e para a formação de uma silenciosa cultura democrática de proteção dos direitos e garantias fundamentais". (in FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. *Processo e Constituição. Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p.662/683)

¹⁷ Para a doutrina positivista os princípios – como valores axiológicos – somente seriam aplicáveis diante da ausência normativa. São tidos como válvulas de escape do ordenamento jurídico que garantem a onipotência da regra jurídica (norma). Não são observados, ainda, como fonte do direito, nem tampouco como regras de superior valor hierárquico às leis, mas sim, como regra decorrente de dedução interpretativa da lei escrita para suprir as lacunas normativas que esta não tratou abstratamente. O valor dos princípios decorre do fato de derivarem da lei, e não de possuírem um ideal de justiça. O pós positivismo, contudo, reflete o ideário que contempla a definição das relações entre valores, princípios e regras - movimento que passou a ser nominado de nova hermenêutica constitucional - e a teoria dos direitos fundamentais. A valorização dos princípios e sua incorporação, implícita ou explicitamente, nos textos constitucionais, e o reconhecimento pela ordem jurídica e, especialmente, pelos operadores do direito, de seu caráter de normatização, propiciam a aproximação entre Direito e Ética.

positivados pelo texto constitucional, porém, é na materialidade dos direitos fundamentais que repousa a maior importância. Por se traduzirem em juízos axiológicos, irradiam no ordenamento jurídico e vinculam os poderes do Estado na consecução dos objetivos consagrados como fundamentais. Portanto, o Executivo, o Legislativo e, em especial, o Judiciário devem estar pautados pela observância dos preceitos constitucionais garantidores dos direitos fundamentais.

MARINONI (2004:168) reproduzindo o pensar de Gilmar Ferreira Mendes, reporta-se à dimensão objetiva dos direitos fundamentais asseverando que:

Uma das mais importantes conseqüências da dimensão objetiva está em estabelecer ao Estado um dever de proteção dos direitos fundamentais. Esse dever de proteção relativiza “a separação entre a ordem constitucional e a ordem legal, permitindo que se reconheça uma irradiação de efeitos desses direitos (*Austrahlungswirkung*) sobre toda a ordem jurídica.

Portanto, que as normas de direito fundamental influenciam na relação entre o Estado e os particulares, e, ainda entre estes, de forma a garantir maior efetivação do núcleo fundamental da Constituição, sobre o qual deve-se pautar todo o ordenamento jurídico.¹⁸

Denota-se, assim, que os direitos fundamentais não se referem somente ao indivíduo, que, subjetivamente pode opô-los contra o Estado e ao particular, mas, ao contrário, esta, ligado a direitos inerentes à própria estrutura do Estado, e, assim sendo, traduzem-se em direito ligado a sociedade, necessários a evolução da ordem social.

Destacando a Emenda Constitucional 45, de 08 de dezembro de 2004, que, dentre outras alterações, inseriu o inciso LXXVIII ao artigo 5º, expressando 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”, garantindo assim, agora de forma expressa, o princípio da celeridade processual.

Embora já consagrado implicitamente, o *princípio da celeridade* foi destacado pelo Constituinte Derivado, evidenciando, desta forma, o anseio social

¹⁸ Luiz Guilherme Marinoni trata ainda sobre a eficácia horizontal e vertical dos direitos fundamentais, afirmando que a eficácia horizontal refere-se as relações entre particulares, e a vertical, entre esses e o Poder Público. (*Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004)

pela necessidade de se pensar na *efetividade do processo*, em especial para o nosso estudo, à *efetividade do processo coletivo*, em seu sentido amplo, garantindo à prestação jurisdicional justa, célere e efetiva.¹⁹

O direito processual clássico, sedimentado na doutrina de Chiovenda, enveredou-se para sustentar o direito processual como autônomo, desvinculado do direito material. Sob esta perspectiva, o direito de ação era eminentemente processual e não estava ligado, ao direito substancial, construindo-se, nesta seara, a classificação das sentenças baseada em critérios estritamente de ordem processual²⁰.

Tendo-se percebido que o processo, em sua concepção clássica, não mais atendia às necessidades sociais, procurou-se estabelecer o nexo entre o direito material e processual, eis que o processo passa a ser visto como um meio para a consecução de um fim. Desta forma, começou a preponderar o entendimento da íntima ligação entre a norma processual e o direito material, buscando-se, assim, analisar as normas processuais como mecanismo apto a garantia do direito material, preocupando-se, por fim, com a efetividade do processo, entendida como “o encontro do resultado devido ao autor, em consonância com as normas de direito substancial, no menor espaço de tempo e com o mínimo de esforço possíveis”.²¹

Para contemplar a efetiva realização do direito material subjacente ao processo de execução foram alteradas, com profundidade, as técnicas processuais, procurando-se, assim, garantir ao credor a eficiência no recebimento de seu direito creditório e, por conseqüência, inibir a desenfreada prática do inadimplemento contumaz, que abrigava o devedor sob as sombras de um processo ineficaz e não condizente com a realidade sócio-econômica atual.

Não significa, por óbvio, que as alterações processuais serão capazes de extirpar o inadimplemento. Não seríamos utópicos a tanto. Porém, as novas técnicas processuais permitirão, isso sim, acelerar e efetivar o direito material. É o

¹⁹ Pietro de Jesús Lora Alarcón, nesse sentido, assevera que “A razoabilidade e, também, a proporcionalidade, como princípios norteadores da atuação estatal, aliás, decorrentes do aspecto material ou substancial da cláusula do devido processo legal, permitem asseverar que o prazo não pode ser tão extenso que proteja a necessária prestação, como igualmente não pode ser tão exíguo que comprometa o contraditório ou a ampla defesa, ou mesmo, a satisfação do direito”. (in TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. (coord.). *Reforma do Judiciário analisada e comentada*. São Paulo: Método, 2005. p.27-47

²⁰ Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela específica*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p.33

²¹ MARINONI, op.cit. p. 33

que passaremos a analisar.

Neste momento do estudo, já enfrentado o cerne da questão atinente à legitimação coletiva, matérias processuais em nível não específico, ou seja, o processo de forma geral, assim, oportuno se torna destacarmos a questão atinente a efetividade, vez que, seja qualquer for o diapasão escolhido para tratamento do tema, temos sempre que destacá-lo sob a ótica da “efetividade”.

Pois bem, assim sendo, mister se faz, ressaltar que o processo coletivo, mesmo tendo inúmeros entraves de cunho técnico, e ao mesmo tempo, jurídico, deve sempre atuar sob a ótica da efetividade e ainda mais sob a ótica da “coletividade”, afinal, não estaria o julgador cumprindo o seu papel fundamental de fazer a diferença na vida das pessoas por meio de seus julgamentos, e ainda mais, em se tratando de processos de ordem coletiva, não tendo o julgador esta perspectiva, irá, além de não atuar corretamente, cumprindo seu papel fundamental, agir de “forma negativa”, prejudicando a toda uma coletividade.

CONCLUSÃO

O estudo acerca das coletivas se torna de maior necessidade a cada dia que passa, face ao fato de que dia-a-dia são digladiadas questões, ligadas as ações coletivas, levando o judiciário, a análise de temas tão tortuosos a cada momento, e ainda, levando nossas cortes superiores a apreciarem tais temas em seu cotidiano forense, enriquecendo assim compreensões de nossos julgadores, sejam eles de primeira instância, ou ainda de nossas cortes superiores (tribunais superiores).

Fato que comprova a evolução das ações coletivas, são as inúmeras discussões que temos hoje acerca do instituto, as dúvidas advindas de tais estudos, e assim, conseqüentemente a permanente existência de tais ações que vêm sendo analisadas por nossos tribunais, sendo que em tais análises por certo muitas vezes temos questões ligadas à “legitimidade”, seja ela ativa ou passiva, afinal o tema ainda surgem grandes dúvidas atinentes a matéria, dúvidas essas que vão ganhando espaço no cotidiano tanto do judiciário, como em nossa doutrina pátria, sendo que tais dúvidas geram posicionamentos divergentes.

Quanto à legitimação ativa, concluímos o estudo optando pela necessidade do magistrado analisar a questão caso a caso, visando sempre à efetividade do processo frente à coletividade; quanto ao Ministério Público,

entendemos também haver a necessidade de sua adequação, podendo o magistrado avaliar sua adequação; quanto a existência ou não do legitimado coletivo passivo, preferimos compartilhar do posicionamento de Ada Pellegrini Grinover, o qual nos parece merecer maior atenção pelos argumentos suscitados, ressaltando por certo que tal posicionamento pode ensejar certas complicações práticas, devendo assim ser analisado com certa cautela, até que a doutrina possa melhor se situar.

Não foi objeto do estudo exaurir as reflexões acerca do tema, ao contrário, procurou-se apenas em ensejar maiores reflexões, contrapondo posições doutrinárias, e demonstrando a posição do autor em momentos apropriados, não tendo porém o autor a menor pretensão de consagrar seu posicionamento, mas sim, de destacá-los, haja vista, a necessidade peculiar que o leitor possa encontrar.

Assim, espera-se com o presente estudo ter ensejado maiores reflexões acerca do tema, e ainda a possibilidade de proliferação do estudo atinente às ações coletivas, afinal, se pudermos efetivar tais ações, estaremos por certo contribuindo para uma *“real concretização do processo coletivo”*, e ainda mais, contribuindo de forma significativa para o maior sonho tanto dos operadores do direito como de todos, da população em geral, que é o sonho, talvez não sonho, mas sim objetivo pela busca permanente da *“efetividade do processo”*.

Vale ainda destacar que efetivando o processo coletivo, estaremos caminhando de encontro, a uma realidade necessária a todos que carecem da prestação jurisdicional, seja no âmbito coletivo ou mesmo individual, e concretizando este objetivo, poderemos buscar a tão almejada melhoria em nosso ordenamento jurídico, alcançando assim, a segurança jurídica tão sonhada de todos nós brasileiros.

Por fim, que este estudo nos faça ao menos refletir, e com isso enseje novas discussões, que devem iniciar-se na academia, e talvez *“findar-se”*, mesmo que de maneira hipotética, na prática, afinal, as reflexões não podem *findar-se*, mas devem atingir uma praticidade de forma a afetar diretamente a vida de todos.

BIBLIOGRAFIA

ARRUDA ALVIM, José Manoel de. *et al.* Código do Consumidor comentado. 2.ed. rev. e ampl., 2. tir. São Paulo: RT, 1995.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual (princípios, regras interpretativas e a problemática da sua interpretação e aplicação)*. São Paulo: Saraiva, 2003.

BARROSO, Luis Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do Processo e técnica processual*. São Paulo: Malheiros Editores, 2006

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

_____. *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. 24ª ed. Coimbra: Coimbra, 2001.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 2002.

CARNEIRO, Athos Gusmão. *Da antecipação de tutela*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 15. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1999.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos juízes*. São Paulo: Saraiva, 1996.

DIDIER JR, Fredie. *Ações Constitucionais*. 2. ed. rev., atual. - Salvador: Podivim, 2007.

DINAMARCO, Pedro. *“Las acciones colectivas pasivas em el Código Modelo de procesos colectivos para Iberoamérica”*. *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogêneos – hacia um Código Modelo para Iberoamérica*. Antonio Gidi e Eduardo Ferrer Mac-Gregor (coord.). México: Porrúa, 2003.

_____. *Ação civil pública*. São Paulo: Saraiva, 2001.

- DIDIER JR, Fredie. *Ações Constitucionais. – 2. ed. rev., atual.* - Salvador: Editora Podivim, 2007.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo.* 17. ed. São Paulo: Atlas, 2004.
- FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Teoria da norma jurídica: ensaio de pragmática da comunicação normativa.* 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- FUX, Luiz; NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Processo e Constituição. Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006
- GOMES JUNIOR, Luiz Manoel. *Ação Popular: aspectos polêmicos: lei de responsabilidade fiscal, improbidade administrativa, danos causados por liminares e outros pontos relevantes.* 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- _____. *A argüição de relevância: a repercussão das questões constitucionais.* 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. *O processo: estudos e pareceres.* São Paulo: Editora Perfil, 2006.
- _____. “Ações coletivas ibero-americanas: novas questões sobre a legitimação e a coisa julgada”, in Revista Forense, nº 301.
- _____. et. al. *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto,* 9ª ed. - Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.
- GIDI, Antonio. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos: as ações coletivas em uma perspectiva comparada.* – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.
- LENZA, Pedro *Teoria geral da ação civil pública – 2. ed. rev., atual. e ampl.* - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004
- _____. *Tutela Específica (arts.461, CPC e 84, CDC).* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000
- MAZZEI, Rodrigo Reis & Nolasco, Rita Dias. *Processo civil coletivo,* 1ª. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2005.
- NERY Jr., Nelson e NERY, Rosa. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante,* 8ª. ed. São Paulo: RT, 2004
- RAGAZZI, José Luiz. *A intervenção de terceiros fornecedores no Código de Defesa do Consumidor.* 2. ed. rev., atual. Bauru: Editora Edite, 2006.

- ROTHENBURG, Walter Claudius. *Princípios constitucionais*, 1ª. ed. segunda tiragem Porto Alegre: Editora Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.
- SILVA, José Afonso da. *Ação popular constitucional*. 2ª. ed. rev., ampl. e aum. São Paulo: Malheiros, 2007.
- _____. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. *Reforma do Judiciário analisada e comentada*. São Paulo: Editora Método, 2005
- TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003.
- TUCCI, José Rogério Cruz e. *Garantias Constitucionais do processo civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999
- ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. - 2. ed. rev., atual. e ampl. -São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.