

AÇÃO POPULAR COMO GARANTIA CONSTITUCIONAL DO PROCESSO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR FACE À PUBLICIDADE

Fabrcio Germano Alves*

Leonardo Martins*

RESUMO

O presente artigo visa a demonstrar a possibilidade de aplicao da ao popular como uma garantia constitucional do processo, especialmente como instrumento idoneo no contexto das relaoes de consumo. Seu ambito de atuao e, precipuamente, a tutela do consumidor diante da atividade publicitaria desenvolvida em relao a prestao de um servico pblico pelo Poder Pblico de forma direta ou delegada.

Palavras-chave: Ao popular. Garantia constitucional. Consumidor. Publicidade.

1 INTRODUÇÃO

O objeto do presente estudo e investigar a possibilidade de aplicao da ao popular como garantia constitucional para a tutela do consumidor perante atividade publicitaria desenvolvida em razao da prestao de um servico pblico pelo Poder Pblico, seja por ente da administrao pblica direta ou indireta, ou ainda por pessoa jurdica de direito privado prestadora de servico pblico.

De inicio, em sede de aferiao da conjuntura hodierna do instituto da ao popular no ordenamento jurdico brasileiro, ser analisada uma deciso proferida pelo Superior Tribunal de Justia (STJ) que pugna pela inaplicabilidade da ao popular como instrumento processual idoneo a tutela das relaoes de consumo, apresentando argumentos que levem a impugnao deste posicionamento adotado pelo Tribunal.

* Advogado. Especialista em Direito do Consumidor e Relaoes de Consumo pela Universidade Potiguar. Mestrando em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Doutorando em Direito, Estado e Sociedade pela Universidad del Paas Vasco, Espanha.

* Professor Adjunto da Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Doutor pela Humboldt-Universitdt zu Berlin, Alemanha. Pds-doutor pelo Hans-Bredow-Institut, Univ. Hamburg, Alemanha.

Em seguida, estabeleceremos uma conceituação da ação popular abordando sua conformação atual no direito estrangeiro (Itália, Inglaterra, França, Portugal, Espanha, Argentina, Peru e Alemanha) e no direito brasileiro (à luz do inciso LXXIII do artigo 5º da Constituição Federal juntamente com a Lei nº 4.717 de 29 de junho de 1965).

Posteriormente, entraremos no estudo propriamente dito da ação popular como instrumento controlador da atividade publicitária no âmbito da prestação dos serviços públicos. Analisaremos a relação que se opera entre a democracia participativa e a ação popular, mostrando o funcionamento desta última como objeto fomentador da primeira, e analisaremos a proteção ambiental como uma área de inter-relação entre o instituto da ação popular e a prática publicitária considerada abusiva.

Assim sendo, estará concluída a fundamentação a respeito da possibilidade de utilização da ação popular como garantia constitucional do processo adequada à proteção e defesa do usuário-consumidor perante a publicidade na seara da prestação dos serviços públicos.

2 ANÁLISE DO ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL PROIBITIVO DA UTILIZAÇÃO DA AÇÃO POPULAR NA SEARA DAS RELAÇÕES DE CONSUMO

No atual contexto jurídico brasileiro, mesmo após a consagração constitucional e infraconstitucional do instituto da ação popular, ainda pairam bastantes dúvidas a respeito desta ação, sobretudo no que tange às possibilidades de sua aplicação. Assim sendo, é imprescindível que haja um estudo mais acurado deste relevante instituto dentro do sistema jurídico pátrio.

Desta maneira, imperiosa é a averiguação da conjuntura atual da ação popular perante o entendimento dos tribunais superiores para que possa ser tomada como parâmetro inicial de nosso estudo. Para tanto, mostra-se apropriado o exame de uma decisão do Superior Tribunal de Justiça (STJ) que rechaçou explicitamente o cabimento da ação popular como meio processual idôneo a realizar a defesa do consumidor.

Trata-se de uma ação popular ajuizada por dois vereadores da cidade de Tatuí – São Paulo em face do Prefeito da mesma e de uma empresa de administração do setor de estacionamento. O objetivo da ação foi suspender a atividade de cobrança pelo estacionamento rotativo denominado “zona azul eletrônica” explorado por outra empresa

concessionária de serviço público, devido à existência de certas irregularidades na prestação dos serviços.

Inicialmente, a preliminar arguida pela empresa de carência de ação por falta de interesse de agir e por ilegitimidade ativa foi de plano rejeitada pelo juiz de primeira instância. Em seguida, houve interposição de agravo de instrumento por uma construtora perante o TJ-SP, cujo provimento foi negado. O agravante arguiu admissibilidade da ação popular em razão de seu objeto refletir interesse dos cidadãos em geral da cidade.

Assim, mesmo tendo o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo confirmado a decisão do juiz de primeira instância posteriormente mediante acórdão, a construtora interpôs recurso especial perante o Superior Tribunal de Justiça alegando que o acórdão prolatado pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo teria violado os dispositivos contidos nos artigos 81 e 82 do Código de Defesa do Consumidor e artigo 2º da Lei nº 4.717/65 ao reconhecer o interesse de agir e a legitimidade da parte.

O recurso especial não foi conhecido no que diz respeito à aventada ofensa aos artigos 81 e 82 do Código de Defesa do Consumidor sob o argumento de ausência de prequestionamento da matéria pelo Tribunal *a quo*, com fundamento na Súmula 211 do Superior Tribunal de Justiça¹. Porém, houve o conhecimento do recurso especial na parte pertinente à legitimidade e ao interesse de agir dos autores populares, uma vez que o Superior Tribunal de Justiça considerou ter havido o devido prequestionamento no tocante a essa matéria.

O parecer do Ministério Público Federal foi pelo desprovimento do recurso, diante do entendimento a favor da legitimidade ativa dos autores populares, além da perfeita adequação da via eleita *ab origine* para a defesa do patrimônio público.

Entretanto, nos deparamos com uma decisão do Superior Tribunal de Justiça ementada no seguinte sentido, *in verbis*:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO POPULAR. CONCESSÃO DE SERVIÇO. SUSPENSÃO DAS ATIVIDADES DE EMPRESA CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO DE GESTÃO DE ÁREAS DESTINADAS A ESTACIONAMENTO ROTATIVO. INOBSERVÂNCIA DE DIREITO CONSUMERISTA. INÉPCIA DA INICIAL. ILEGITIMIDADE ATIVA. AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR. SÚMULA 211/STJ.

¹ Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 211**. In: Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo tribunal "*a quo*".

1. A Ação Popular não é servil à defesa dos consumidores, porquanto instrumento flagrantemente inadequado mercê de evidente *ilegitimatio ad causam* (art. 1º, da Lei 4717/65 c/c art. 5º, LXXIII, da Constituição Federal) do autor popular, o qual não pode atuar em prol da coletividade nessas hipóteses.
2. A ilegitimidade do autor popular, *in casu*, coadjuvada pela inadequação da via eleita *ab origine*, porquanto a ação popular é instrumento de defesa dos interesses da coletividade, utilizável por qualquer de seus membros, revela-se inequívoca, por isso que não é servil ao amparo de direitos individuais próprios, como sóem ser os direitos dos consumidores, que, consoante cediço, dispõem de meio processual adequado à sua defesa, mediante a propositura de ação civil pública, com supedâneo nos arts. 81 e 82 do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90) [...]²

Em apreciação desta decisão, constatamos que, contrariando o entendimento do juiz de primeira instância, que foi corroborado pelo TJ-SP, e ainda o entendimento emitido em forma de parecer pelo Ministério Público Federal, o STJ decidiu pela ilegitimidade dos autores populares juntamente com a inadequação da via eleita *ab origine*, sob o argumento de que a ação popular seria meio inadequado à defesa de direitos dos consumidores, com a infundada afirmação de que esses direitos seriam “direitos individuais próprios”.

Esta última expressão talvez seja fruto de uma infeliz interpretação realizada pelo Ministro Luiz Fux (relator) da doutrina de Hely Lopes Meirelles, citada por aquele em seu voto. Podemos perceber, a partir da transcrição feita no acórdão, que Hely Lopes Meirelles ao discorrer acerca da ação popular como instrumento de defesa dos interesses da coletividade, utiliza a expressão “direitos individuais próprios” para apresentar uma ideia contraposta à concepção de “interesses da comunidade”, não mencionando no contexto em questão a possibilidade da inserção dos direitos dos consumidores dentro destes chamados “direitos individuais próprios”.

Ressalte-se que a infelicidade da interpretação realizada pelo ministro em seu voto ocorreu justamente ao realizar a inclusão dos direitos dos consumidores na categoria de “direitos individuais próprios” ao invés de inseri-los dentro do universo dos “interesses da comunidade”, o que seria o ideal diante da redação do artigo 1º do Código de Proteção e Defesa do Consumidor que estabelece expressamente que as normas de proteção e defesa do consumidor são normas de “ordem pública e interesse social”.

² Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº. 818.725** - SP. Relator: Ministro Luiz Fux. Julgamento em 13/05/2008. DJ. 16/06/2008.

Podemos notar que ao deliberar sobre a *ilegitimatio ad causam* do autor popular o Tribunal apenas faz a citação de dispositivos legais, sem se deter a uma análise mais aprofundada dos mesmos, confirmando a máxima de Montesquieu que enunciava que os juízes da nação não eram mais que a boca que pronunciava as palavras da lei³ (MOSTESQUIEU, 1956, p. 171). Isto, além de expressar uma infundada visão reducionista dos meios processuais adequados à defesa dos direitos dos consumidores, referindo-se apenas à ação civil pública fundada nos artigos 81 e 82 do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90) como instrumento idôneo a tutelar a proteção e defesa dos consumidores.

A primeira turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, deu provimento ao recurso especial, nos termos do voto do ministro relator⁴. Vale ressaltar que este Tribunal já havia decidido anteriormente pela impossibilidade de utilização da ação popular dentro do universo das relações de consumo⁵.

Em vista do exposto, cabe-nos desconstruir o entendimento explicitado por esta deliberação, precipuamente porque o STJ não observou o disposto no artigo 83 do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, segundo o qual: “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”.

Assim, a legislação consumerista não faz qualquer tipo de restrição quanto à espécie de ação a ser usada para a tutela dos interesses protegidos pelo Código além da capacidade da ação para tanto. Pelo contrário, tende à vultosa ampliação do rol dos possíveis meios

³ No original: “Mais le juges de la nation ne sont, comme nous avons dit, que la bouche qui prononce les paroles de la loi”.

⁴ Os Ministros Teori Albino Zavascki, Denise Arruda (Presidenta) e Francisco Falcão votaram com o Ministro Relator. Ausente, justificadamente, o Ministro José Delgado.

⁵ Tal posicionamento pode ser encontrado na seguinte ementa: PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO POPULAR. ANULAÇÃO DE ATO ADMINISTRATIVO. AUTORIZAÇÃO. COMERCIALIZAÇÃO DOS TÍTULOS DE CAPITALIZAÇÃO. DENOMINADOS “TELESENA”. NULIDADE DE CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE VENDA E RESGATE DO VALOR DOS TÍTULOS. INÉPCIA DA INICIAL. ILEGITIMIDADE ATIVA DO AUTOR POPULAR PARA A DEFESA DE INTERESSES DOS CONSUMIDORES. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO DE CONDENAÇÃO DOS PREJUÍZOS EVENTUALMENTE CAUSADOS. AUSÊNCIA DE PARTICIPAÇÃO DO REVISOR NO JULGAMENTO DA APELAÇÃO. NULIDADE ABSOLUTA. PRINCÍPIO DA INSTRUMENTALIDADE DAS FORMAS. JULGAMENTO EXTRA E ULTRA PETITA. ARTS. 460 e 461, DO CPC. JUNTADA DE DOCUMENTO IRRELEVANTE AO JULGAMENTO. VISTA À PARTE CONTRÁRIA. DESNECESSIDADE. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 165; 458, II; 463, II e 535, I e II, DO CPC. NÃO CONFIGURADA. DEFICIÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO. SÚMULA 284/STF. 1. A concessão de emissão de títulos de capitalização, obedecida a reserva legal, não resta eivada de vícios acaso a empresa de capitalização, ad argumentadum tantum, empreenda propaganda enganosa, insindicável esta pelo E. S.T.J à luz do verbete sumular nº 07. 2. O autor popular não pode manejar esse controle da legalidade dos atos do Poder Público para defesa dos consumidores, porquanto instrumento flagrantemente inadequado mercê de evidente *ilegitimatio ad causam* (art. 1º, da Lei 4717/65 c/c art. 5º, LXXIII, da Constituição Federal) [...]. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 851.090 - SP, Relator: Ministro Luiz Fux, Julgamento em 18/12/2007. DJ. 31/03/2008.

processuais considerados idôneos à defesa dos direitos e interesses do consumidor, enquanto configuração infraconstitucional da área de proteção do artigo 5º, inciso XXXII da CF.

Neste contexto, em sede de uma visão panorâmica introdutória já se revela cabível a ação popular como instrumento para a defesa dos titulares de direitos fundamentais pertinentes às relações de consumo, com base no artigo 83 do diploma consumerista, impugnando o posicionamento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça.

Todavia, é necessário que façamos uma apreciação mais aprofundada a respeito desta hipótese de cabimento da ação popular, detendo-se a uma análise mais esmerada do inciso LXXIII do artigo 5º da CF, que a insere no rol dos direitos e garantias fundamentais, juntamente com a Lei nº 4.717 de 29 de junho de 1965, que regula a ação popular no ordenamento jurídico brasileiro, em consonância com o microsistema jurídico criado com o advento da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 que instituiu o Código de Proteção e Defesa do Consumidor, antes de voltarmos ao entendimento do STJ explicitado pela supracitada decisão.

3 CONCEITUAÇÃO DA AÇÃO POPULAR

3.1 Ação Popular no Direito Estrangeiro

No esboço a respeito da configuração da ação popular no direito estrangeiro será analisada a conformação desse instituto na Itália, Inglaterra, França, Portugal, Espanha, Argentina, Peru e Alemanha, amparada na apresentação de José Afonso da Silva (2007) e diretamente nas Constituições de alguns dos países supramencionados.

Preliminarmente se mostra relevante ressaltarmos que a origem romana da ação popular consubstancia-se na *actio cuivis ex populo*, outorgada a qualquer pessoa (em regra uma só) em casos de obrigações decorrentes de delitos que atentassem contra interesses concorrentes entre o indivíduo e a comunidade, que diz respeito a uma espécie das *actiones populares*, exercidas na seara do processo civil (KASER, 1999).

Na Itália, a ação popular não possui menção constitucional direta, porém poderíamos falar numa permissão constitucional para este instituto firmada pelo artigo 113 da *Costituzione della Repubblica Italiana* que trata da tutela jurisdicional de direitos e interesses

legítimos contra atos da administração pública e determina que essa tutela não pode ser limitada a um meio particular de impugnação ou a uma categoria determinada de atos⁶.

Porém, embora não esteja instituída constitucionalmente de forma direta, a ação popular tem grande aplicabilidade na seara eleitoral mediante as leis de 20 de setembro e de 26 de outubro de 1859, política e administrativa respectivamente. E também no direito urbanístico por intermédio do artigo 10 da Lei nº 765 de 06 de agosto de 1967 ao instituir que qualquer pessoa pode se insurgir contra a concessão de licença edilícia em contraste com disposição legal ou regulamentar ou com o plano de regulação geral ou detalhado de execução⁷.

Na Inglaterra, a *popular action* (ação popular) possui uma ampla aplicação devido aos institutos da “obrigação de acusar”, imposta tanto aos magistrados como aos particulares, juntamente com o “prêmio ao acusador”. É um tipo de ação concedida ao povo em geral.

Na França, há um instituto que se assemelha a ação popular brasileira, especialmente no âmbito das coletividades departamental e comunal, este é chamado de *recours por excès de pouvoir* (recurso por excesso de poder) e pode ser utilizado por qualquer pessoa, que possua interesse, visando a anular uma decisão executória pelo juízo administrativo que contenha um vício (*détournement de pouvoir*), fundando-se na sua ilegalidade.

Em Portugal, existem duas espécies de ação popular: uma ação popular de natureza civil, nos mesmos moldes do direito romano, que é destinada à proteção e conservação da coisa pública por qualquer cidadão; e outra de natureza administrativa, que possibilita qualquer eleitor ou contribuinte das contribuições diretas do Estado, impugnar deliberações administrativas ilegais. O artigo 52 da Constituição da República Portuguesa de 1976, ao tratar conjuntamente do direito de petição e da ação popular em capítulo destinado a regulação de direitos, liberdades e garantias de participação política, expressamente enuncia o direito de ação popular⁸.

⁶ “Art. 113. Contro gli atti della pubblica amministrazione è sempre ammessa la tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi dinanzi agli organi di giurisdizione ordinaria o amministrativa. Tale tutela iurisdizionale non può essere esclusa o limitata a particolari mezzi di impugnazione o per determinate categorie di atti.” Disponível em: <<http://www.governo.it/governo/costituzione/costituzionerepubblicaitaliana.pdf>>. Acesso em 03/06/2010.

⁷ “Art. 10. Chiunque può prendere visione presso gli uffici comunali, della licenza edilizia e dei relativi atti di progetto e ricorrere contro il rilascio della licenza edilizia in quanto in contrasto con le disposizioni di leggi o dei regolamenti o con le prescrizioni di piano regolatore generale e dei piani particolareggiati di esecuzione.” Disponível em: <http://www.itagiure.giustizia.it/nir/lexs/1967/lexs_215804.html>. Acesso em 01/06/2010.

⁸ “1. Todos os cidadãos têm o direito de apresentar, individual ou colectivamente, aos órgãos de soberania, aos órgãos de governo próprio das regiões autónomas ou a quaisquer autoridades petições, representações, reclamações ou queixas para defesa dos seus direitos, da Constituição, das leis ou do interesse geral e, bem assim, o direito de serem informados, em prazo razoável, sobre o resultado da respectiva apreciação. 2. A lei fixa

Na Espanha, há previsão constitucional da *acción popular* que se insere no âmbito processual penal permitindo a participação ativa dos cidadãos na administração da justiça mediante a instituição de um jurado conforme determinação legal, inclusive nos tribunais consuetudinários e tradicionais, como por exemplo, o *Tribunal de Aguas de la Vega de Valencia* e o *Consejo de Hombres Buenos de Murcia*, em defesa da legalidade, sem a necessidade de comprovação de ato atentatório a interesse próprio. Essa possibilidade diz respeito a uma manifestação do direito público subjetivo ao livre acesso aos tribunais que possuem pretensões de interesse público. Vale ressaltar que está excluído da área de atuação da *acción popular* o procedimento penal militar.

Diz o artigo 125 da *Constitución Española* de 1978, *in verbis*:

Los ciudadanos podrán ejercer la acción popular y participar en la Administración de Justicia mediante la institución del Jurado, en la forma y con respecto a aquellos procesos penales que la ley determine, así como en los Tribunales consuetudinarios y tradicionales.⁹

Este entendimento encontra-se corroborado no artigo 19.1 da *Ley Orgánica del Poder Judicial* ao estabelecer que “*Los ciudadanos de nacionalidad española podrán ejercer la acción popular, en los casos y formas establecidos en la Ley.*”¹⁰. Vale salientar que, diferentemente do que ocorre no direito brasileiro, quanto ao exercício da ação popular na Espanha não há exclusão ou limitação em relação às pessoas jurídicas, uma vez que o artigo 24.1 da Constituição Espanhola se refere a *todas las personas*¹¹.

Na Argentina, a ação popular também possui um caráter eminentemente penal, apesar de ser admitida também na seara eleitoral para ser usada de forma ampla por qualquer eleitor contra falta ou delito considerado ilegal.

as condições em que as petições apresentadas colectivamente à Assembleia da República e às Assembleias Legislativas das regiões autónomas são apreciadas em reunião plenária. 3. É conferido a todos, pessoalmente ou através de associações de defesa dos interesses em causa, o direito de acção popular nos casos e termos previstos na lei, incluindo o direito de requerer para o lesado ou lesados a correspondente indemnização, nomeadamente para: a) Promover a prevenção, a cessação ou a perseguição judicial das infracções contra a saúde pública, os direitos dos consumidores, a qualidade de vida, a preservação do ambiente e do património cultural; b) Assegurar a defesa dos bens do Estado, das regiões autónomas e das autarquias locais.” Disponível em: <<http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>>. Acesso em 01/06/2010.

⁹ **Constitución Española de 1978**. Disponível em: <<http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/titulos/articulos.jsp?ini=117&fin=127&tipo=2>>. Acesso em 01/06/2010.

¹⁰ **Ley Orgánica del Poder Judicial**. Disponível em: <http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/lo6-1985.tp.html#a19>. Acesso em 01/06/2010.

¹¹ “Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.” **Constitución Española de 1978**. Disponível em: <<http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/titulos/articulos.jsp?ini=15&fin=29&tipo=2>>. Acesso em 03/06/2010.

No Peru, a ação popular é trazida de forma expressa pela *Constitución Política Del Perú* como sendo uma garantia constitucional que permite a realização de um controle abstrato de normatização proveniente de qualquer autoridade. Profere o texto do item 05 do artigo 200 da Constituição Peruana: “*La Acción Popular, que procede, por infracción de la Constitución y de la ley, contra los reglamentos, normas administrativas y resoluciones y decretos de carácter general, cualquiera sea la autoridad de la que emanen.*”¹².

Na Alemanha, não existe a ação popular nos moldes de sua configuração no direito pátrio. Contudo, naquele país existe a garantia da *verfassungsbeschwerde* (reclamação ou queixa constitucional), com forma diversa da “reclamação constitucional” do direito brasileiro, que se mostra como um instrumento muito forte para a defesa dos direitos fundamentais contra uma agressão atual e imediata a direito próprio, à medida que possibilita a arguição de inconstitucionalidade em uma decisão judicial ou mesmo uma norma em abstrato por qualquer pessoa, física ou jurídica, perante o Tribunal Constitucional Alemão de forma originária.

3.2 Ação Popular no Direito Brasileiro

No direito pátrio, a ação popular surgiu em sua conformação atual ocorreu durante a vigência da Constituição Federal de 1946 com a Lei nº 4.717 de 29 de junho de 1965, resultante de iniciativa presidencial que derivou de um anteprojeto elaborado por Seabra Fagundes com a colaboração de Hely Lopes Meirelles incorporando parte substancial de um projeto anterior apresentado por Bilac Pinto (Substitutivo na Câmara dos Deputados). Antes, porém, já haviam sido realizadas várias tentativas de regulamentação da ação popular no direito brasileiro, principalmente por Teotônio Monteiro de Barros e Ferreira de Souza (projeto no Senado Federal em 1952).

Apesar da ampla literalidade presente no *caput* do artigo 1º da citada lei que regula a ação popular¹³, entendemos ser mais plausível e abrangente, por isso merecedora de um

¹² **Constitución Política del Perú de 1993**. Disponível em: <<http://www.congreso.gob.pe/ntley/Imagenes/Constitu/Cons1993.pdf>>. Acesso em 01/06/2010.

¹³ Art. 1º Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados, dos Municípios, de entidades autárquicas, de sociedades de economia mista (Constituição, art. 141, § 38), de sociedades mútuas de seguro nas quais a União represente os segurados ausentes, de empresas públicas, de serviços sociais autônomos, de instituições ou fundações para cuja criação ou custeio o tesouro público haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, de empresas incorporadas ao patrimônio da União, do Distrito Federal,

estudo mais apurado, a disposição trazida pelo inciso LXXIII da Constituição Federal de 1988 que consagrou a ação popular em seu texto ao inseri-la no rol dos direitos e garantias fundamentais.

Inicialmente, por se tratar de um instrumento constitucional assecuratório que tem a finalidade de proteger um bem jurídico, a ação popular pode ser classificada não como um *direito constitucional* em sentido estrito, mas sim como uma *garantia constitucional*. Sendo assim, mostra-se bastante relevante a distinção feita por José Afonso da Silva entre *garantia constitucional da ação popular* e *ação popular como garantia constitucional*. Diz o referido autor:

A primeira refere-se ao fundamento constitucional do direito de agir, ao princípio ou norma constitucional de que emana o direito do cidadão em promover e exercitar a ação. A segunda expressa a característica que tem o instituto, assim constitucionalmente garantido, de constituir também, de seu lado, um instrumento destinado a proteger outros direitos constitucionais do cidadão. (SILVA, 2007, p. 79 - 80)

No presente estudo escolhemos nos ater principalmente a segunda concepção, que vislumbra a ação popular como garantia constitucional, pois esta acepção nos parece mais adequada aos fins aqui colimados.

Pela simples leitura do inciso LXXIII do artigo 5º da Constituição Federal, percebemos que a utilização da expressão “qualquer cidadão” atrela a legitimação para a propositura desta ação à condição da cidadania. É importante ressaltar que essa legitimidade é garantida somente às pessoas físicas, estando excluída de plano a possibilidade de utilização da ação popular pelas pessoas jurídicas, entendimento este que já se encontra inclusive sumulado pelo Supremo Tribunal Federal¹⁴.

Discorrendo a respeito do interesse à propositura (*legitimatío ad processum*) da *actio popularis*, Seabra Fagundes dá margem a uma interpretação ampla ao estabelecer que a legitimidade ativa na ação popular “compete a qualquer dos integrantes ativos da comunidade política (eleitor), que delibere investir-se em defensor da legalidade e da moralidade dos atos administrativos, ou de atos de pessoas privadas a esses outros equiparados.” (FAGUNDES, 1979, p. 370 - 371). É importante frisar também que a impetração do mandado de segurança

dos Estados e dos Municípios, e de quaisquer pessoas jurídicas ou entidades subvencionadas pelos cofres públicos.

¹⁴ Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 365**. In: Pessoa jurídica não tem legitimidade para propor ação popular.

não pode ser considerada como substitutivo da ação popular¹⁵. Vemos que mesmo dentro da abordagem a respeito da legitimidade ativa, o autor citado já deixa a entender um viés da possibilidade de figuração no polo passivo da ação popular por uma pessoa privada que realiza ato equiparado ao ato administrativo.

Quanto à legitimidade passiva na ação popular, assim dispõe o artigo 6º da Lei nº 4.717 de 29 de junho de 1965, *in verbis*:

A ação será proposta contra as pessoas públicas ou privadas e as entidades referidas no art. 1º, contra as autoridades, funcionários ou administradores que houverem autorizado, aprovado, ratificado ou praticado o ato impugnado, ou que, por omissas, tiverem dado oportunidade à lesão, e contra os beneficiários diretos do mesmo.

Em consonância com a redação deste dispositivo legal, discordamos do entendimento de que “na ação popular há necessariamente que figurar no polo passivo um ente da Administração pública direta, indireta ou pessoa jurídica que de alguma forma administre verba pública.” (RODRIGUES, 2006, p. 219). Entendemos ser possível também a figuração no polo passivo da ação popular de uma pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviço público ou ainda de uma pessoa física ou jurídica (mesmo que não preste serviço público), onde mesmo estando ausente a incidência de administração de verba pública, há a obtenção de benefício direto decorrente da prática do ato impugnado ou ainda quando realize um ato que possa ser equiparado ao ato administrativo.

A atuação do Ministério Público no processo da ação popular deve ocorrer nos termos do §4º do artigo 6º da Lei nº 4.717 de 29 de junho de 1965¹⁶. Sobre esta atuação, sustenta Seabra Fagundes:

O Ministério Público desempenha papel relevante no que concerne a ação popular. Cabe-lhe acompanhar, em todos os seus termos, as ações ajuizadas, zelando pela celeridade do andamento, pela satisfatória satisfação da prova dependente de requisição, pelo exaurimento da instância, pela execução da sentença e pela efetivação das responsabilidades que desta resultem. Por outro lado lhe é proibido, em qualquer hipótese, assumir a defesa do ato impugnado ou dos responsáveis por ele. (FAGUNDES, 1979, p. 374 - 375).

¹⁵ Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 101**. In: O mandado de segurança não substitui a ação popular.

¹⁶ “O Ministério Público acompanhará a ação, cabendo-lhe apressar a produção da prova e promover a responsabilidade, civil ou criminal, dos que nela incidirem, sendo-lhe vedado, em qualquer hipótese, assumir a defesa do ato impugnado ou dos seus autores.”

No mais, a presença de um ato lesivo é requisito imprescindível para a utilização da ação popular. Tal ato pode ser causado por uma conduta comissiva ou omissiva. Exige-se, também, que a ocorrência da lesão seja contra o patrimônio público ou entidade que tenha participação estatal, a moralidade administrativa, o meio ambiente, ou ainda contra o patrimônio histórico e cultural, todos assim considerados interesses coletivos.

Da junção de todos esses elementos podemos entender a ação popular, da forma como está configurada no ordenamento jurídico brasileiro, como sendo uma garantia constitucional outorgada a qualquer cidadão para a tutela de interesses coletivos, tais como o patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, a moralidade administrativa, o meio ambiente, e o patrimônio histórico cultural¹⁷.

Diante dessa definição percebemos que se mostra absolutamente inaceitável o pensamento restritivo no sentido de que “dentro do sistema constitucional brasileiro há três legitimados a defender os interesses difusos e coletivos: o Ministério Público (art. 129, III), as associações (art. 5º, XXI) e os sindicatos (art. 5º, XXI, e art. 8º, III).” (NISHIYAMA, 2010, p. 261), desconsiderando expressa e erroneamente a possibilidade da defesa de interesses coletivos por meio da ação popular.

Quanto à configuração atual do pleito da ação popular no direito brasileiro podemos afirmar que “trata-se de demanda em que o cidadão participa das coisas de Estado, manifestando sua soberania popular através do direito de ação, ou seja, pela via do Judiciário.” (MARQUES DE LIMA, 2002, p. 274). E de tal forma, podemos asseverar também que “por ela defendem-se o patrimônio social, a coisa pública, o meio ambiente, o patrimônio histórico e cultural, sempre que afetados por ilegalidade ou imoralidade.” (MARQUES DE LIMA, 2002, p. 275).

4 AÇÃO POPULAR COMO INSTRUMENTO DE CONTROLE DA PUBLICIDADE

Hodiernamente, a atividade publicitária dentro do sistema social é de inegável vulto. Por isso, devem existir formas de controle da publicidade que possam ser utilizadas pelos

¹⁷ No mesmo sentido podemos ver a definição apresentada por José Afonso da Silva: “A ação popular constitucional brasileira é um instituto processual civil, outorgado a qualquer cidadão como garantia político-constitucional (ou remédio constitucional), para a defesa do interessa da coletividade, mediante a provocação do controle jurisdicional corretivo de atos lesivos do patrimônio público, da moralidade administrativa, do meio ambiente e do patrimônio histórico e cultural (SILVA, 2007, p. 100)”.

próprios cidadãos como meio de defesa, como ordena a Constituição Federal no artigo 220, § 3º, inciso II¹⁸.

A depravação dos meios de comunicação social pela utilização desenfreada de mensagens publicitárias pode resultar em uma deturpação ou mesmo anulação da vontade livre dos cidadãos. Neste sentido, salienta Bonavides:

[...] as grandes empresas de jornais, as vastas cadeias de rádio, as poderosas redes de televisão, as quais, submissas ao capital e ao poder que lhes ministram copiosos subsídios de publicidade paga, se transformam numa usina ou laboratório onde se fabrica o sofisma da opinião pública, (opinião publicada e informação divulgada) e se legitimam as mais absurdas políticas de governo, contrariando o interessa nacional e destruindo as células morais do ente cívico que é a *polis*. (BONAVIDES, 2008, p. 12).

E em consequência conclui o autor: “Se não resolvermos o problema da mídia não resolveremos jamais o problema da democracia neste país.” (BONAVIDES, 2008, p. 49).

Destarte, para que compreendamos de maneira mais consistente a possibilidade de utilização da ação popular como meio de controle da atividade publicitária é necessário que perscrutemos o liame entre aquela e a doutrina da democracia participativa, com a proteção ambiental funcionando como um elo entre a ação popular e a publicidade abusiva.

4.1 Ação Popular e Democracia Participativa

A ideia de democracia participativa está necessariamente ligada ao conceito de soberania popular, que exige concentração de poder no povo. Tal é a importância do problema da soberania que Foucault (1996) chega a afirmar que se trata do problema maior em torno do qual se organiza toda a teoria do Direito. É exatamente pelo exercício da soberania popular que se opera o processo participativo, consubstanciado na interferência do povo dentro da esfera estatal. Assim, a doutrina da democracia participativa implica uma faculdade oferecida aos cidadãos de se imiscuírem na atuação do Poder Público.

¹⁸ Art. 220. §3º “Compete à lei federal: [...] II - estabelecer os meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas ou programações de rádio e televisão que contrariem o disposto no art. 221, bem como da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente.”

Essa doutrina de participação popular é veementemente criticada por Duguit ao afirmar que “nem o próprio dogma da soberania do povo pode dar fundamento à participação de todos no poder político” (DUGUIT, 2009, p. 74) e ainda que “Direito divino, vontade social, soberania nacional, todos constituem doutrinas estabelecidas sobre sofismas com que os governantes iludem as pessoas e também a si mesmos.” (DUGUIT, 2009, p. 80).

Contudo, segundo Bobbio, a atuação conjunta da democracia representativa com a democracia direta ou mesmo a substituição daquela por esta mostra-se como uma exigência de maior democracia frequente nos últimos anos (BOBBIO, 1997, p. 41). Esse pensamento de Bobbio, demonstrando a importância que a democracia direta ou participativa se reveste para o aprimoramento democrático, veio a corroborar o entendimento de Rousseau que já defendia a impossibilidade de alienação da soberania, pois esta não seria mais do que o exercício da vontade geral, e que o soberano, como um ser coletivo, não poderia ser representado senão por si mesmo (ROUSSEAU, 1960, p. 250)¹⁹.

Mesmo ao trilhar por um caminho que considera a democracia como um mito Lindbom afirma que “o mito deve movimentar o povo, direcionando-o a agir, mudar e realizar” (LINDBOM, 2007, p. 83). Nesse contexto, esse comportamento popular ativo pode ser considerado uma forma de expressão da democracia participativa.

No entanto, é importante cuidar para que não se realize a profecia aristotélica de que na espécie de democracia em que a soberania é transportada da lei para o povo, ocorre o aparecimento de uma multidão de demagogos e o povo se transforma numa espécie de “monarca de mil cabeças” (ARISTÓTELES, 2001, p. 181), que se liberta do domínio da lei e se faz tirano.

Ao relacionarmos o conceito de democracia participativa, o instituto da ação popular e a atividade publicitária, poderíamos inserir no epicentro dessa relação o pensamento de Bonavides ao afirmar que a constitucionalização dos meios de comunicação em massa como um dos poderes da república (democrático e legítimo) é, sem dúvida, “o mais urgente e inarredável requisito da democracia participativa” (BONAVIDES, 2008, p. 13).

O entendimento contemporâneo a respeito da democracia participativa constitui uma ideia análoga ao que Santi Romano denominou de “autarquia”, como uma capacidade de direito público ou político assim definida: “Ela é a capacidade de governar por si os próprios

¹⁹ “Je dis donc que la souveraineté, n'étant que l'exercice de la volonté générale, ne peut jamais s'aliéner, et que le souverain, qui n'est qu'un être collectif, ne peut être représenté que par lui-même: le pouvoir peut bien se transmettre, mais non plus la volonté.” Jean-Jacques Rousseau, **Du contrat social ou principes du droit politique**.

interesses, não obstante estes também digam respeito a um outro sujeito, um ente maior, e portanto, principalmente ao Estado” (ROMANO, 1977, p. 132 - 133).

No direito pátrio, essa doutrina encontra seu fundamento no parágrafo único do artigo 1º da Constituição Federal, ao estabelecer que “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”. Neste contexto, se insere a ação popular constitucionalmente assegurada no inciso LXXIII do artigo 5º como uma garantia constitucional que fundamenta o exercício do direito de participação popular na seara pública. Vale ressaltar que a capacidade atribuída às pessoas físicas de exercer a ação popular já foi classificada por Santi Romano como uma manifestação de autarquia (ROMANO, 1977).

Seabra Fagundes, ao falar sobre a possibilidade de utilização da ação popular pelo cidadão como um remédio processual idôneo a suscitar o controle jurisdicional dos atos administrativos assim dispôs:

A fiscalização das atividades relacionadas com os interesses patrimoniais das pessoas jurídicas públicas exprime interferência no exercício do poder público, o que constitui uma das características dos direitos políticos. Se essa interferência não é fundamental, como a que tem lugar através do voto, nem por isso perde o seu sentido peculiar de forma de participação do cidadão no exercício do poder. (FAGUNDES, 1979, p. 363).

Essa concepção de participação do cidadão no exercício do poder como um direito político, que está intimamente relacionada à ideologia da democracia participativa, procura estabelecer uma relação entre Estado e indivíduo em que a Constituição Federal funciona como instrumento garantidor da soberania popular, onde o povo é o verdadeiro detentor do poder e da força. Entretanto, tal forma de compreensão do papel desempenhado pela Constituição se posiciona em um sentido diametralmente oposto à concepção de Hegel ao entender que a Constituição serve de instrumento para a concentração da força unicamente pelo Estado, por se tratar da essência deste.

Tal concepção Hegeliana foi assim expressa por Bobbio:

A essência do Estado reside na concentração da força: o Estado é força concentrada. O que possibilita esta concentração da força é a Constituição, isto é, a “organização” das várias partes num todo compacto e coerente, que seja mais forte do que as partes

e, por isto mesmo, impeça sua desagregação interna e afaste a ameaça de destituição proveniente de fora. (BOBBIO, 1991, p. 67).

Destarte, em se tratando da ação popular, estamos diante de uma garantia constitucional que pode tornar mais efetiva a participação democrática na esfera pública, funcionando como um instituto que, não obstante sua característica de tutelar os interesses coletivos, pode ser classificado também como uma garantia constitucional política. De tal modo afirma José Afonso da Silva: “Vale dizer, a ação popular corretiva, como é a nossa, sendo uma forma direta de participação do eleitor na vida política, revela-se como um instrumento de democracia direta.” (SILVA, 2007, p. 85). E ainda, complementa o mesmo autor em considerações a respeito da ação popular:

Trata-se de um remédio constitucional pelo qual qualquer cidadão fica investido de legitimidade para o exercício de um poder de natureza essencialmente política, e constitui manifestação direta da soberania popular consubstanciada no art. 1º, parágrafo único, da Constituição: todo poder emana do povo, que o exerce por meio de seus representantes eleitos ou diretamente. (SILVA, 2009, p. 462).

Portanto, há a exigência de uma nova análise da normatividade que diz respeito à ação popular, tanto no plano constitucional (inciso LXXIII do artigo 5º da Constituição Federal de 1988) quanto no plano infraconstitucional (Lei nº 4.717 de 29 de junho de 1965), no que tange a uma interpretação ampliadora de sua utilização, sobretudo no que diz respeito ao seu objeto, com vistas a fomentar a utilização desta ação para o efetivo cumprimento de sua função de garantia constitucional asseguradora da participação democrática na atividade pública.

4.2 Proteção Ambiental: Uma interseção entre Ação Popular e Publicidade Abusiva

Em sua obra José Afonso da Silva trata do direito ambiental inserido-o em capítulo intitulado “Direitos Sociais do Homem Consumidor”, pertencente ao título que se refere aos direitos sociais, que por sua vez se integra à parte de direitos e garantias fundamentais. Para tal inserção, o mencionado autor apresenta a seguinte justificativa: “É um campo que integra, na sua complexidade, a disciplina urbanística, mas se revela como social, na medida em que sua concreção importa em prestação do Poder Público.” (SILVA, 2009, p. 316). Assim sendo,

o direito ambiental é considerado por esse autor como um direito fundamental, ao mesmo tempo social e do consumidor, que pode ser exigido perante o Poder Público (direito prestacional).

Existe a possibilidade de caracterização de um direito fundamental mesmo estando fora da *sedes materiae* constitucional, que neste caso seria o Título II da Constituição Federal, pois “A Constituição Federal de 1988 não se caracteriza pela sistematicidade com relação à garantia dos direitos fundamentais. Referências a tais direitos encontram-se em diversas partes do texto constitucional” (DIMOULIS; MARTINS, 2010, p. 32). Este é o caso do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado que se encontra enunciado no *caput* do artigo 225 da Constituição Federal de 1988.

De início podemos constatar que se trata de um direito coletivo (social), considerando que a sua titularidade é outorgada a “todos”, até mesmo dirigindo-se às futuras gerações. Inclusive, o §1º do mencionado artigo traz um rol de incumbências impostas ao Poder Público para assegurar a efetividade do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, o que nos leva a entender que se trata de um direito prestacional (*status positivus*), ou seja, que exige atuação estatal com a finalidade de promover a sua efetividade.

No inciso LXXIII do artigo 5º, a Constituição Federal de 1988 trouxe a possibilidade expressa da utilização da ação popular por qualquer cidadão para a anulação de um ato lesivo ao “meio ambiente”, claramente ampliando o objeto desta ação em relação ao *caput* do artigo 1º da Lei nº 4.717 de 29 de junho de 1965.

É forçosa a exigência de, em virtude de dar maior efetividade ao Princípio Democrático, seguindo a linha de otimização dos princípios desenvolvida por Alexy ao defender que os “[...] *principios* são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, *mandamentos de otimização* [...]” (ALEXY, 2008, p. 90), e em consonância com tese da abertura da interpretação constitucional proferida por Häberle (1997), desenvolver uma nova interpretação da ação popular que seja mais condizente com a realidade atual, uma vez em que o conjunto de circunstâncias que permearam a criação desta ação em nosso ordenamento jurídico culminou em um contexto bastante problemático, como assim ressalta Marques de Lima:

Mas é preciso atentarmos para a época difícil e conturbada em que a LAP (Lei 4.717, de 1965) veio ao mundo jurídico. Estava-se em plena Revolução Militar,

quando a idéia de cidadania e de participação política era a mais restritiva possível. Havia interesse em limitar, de todas as formas possíveis, a participação popular na gestão do Estado. (MARQUES DE LIMA, 2002, p. 276).

Assim sendo, não obstante o fato de que a abertura proporcionada pelo artigo 83 do Código de Proteção e Defesa do Consumidor pode fundamentar a utilização da ação popular para a defesa dos consumidores, a argumentação a favor da aplicabilidade desta ação no universo das relações de consumo em consonância com o princípio democrático apenas se completa com o estudo da publicidade, instituto imprescindível em se tratando de controle da atividade do Poder Público por parte da sociedade, pois, como ressaltou Michel Temer, “O controle do exercício da atividade pública pressupõe, portanto, que dela tome ciência o corpo social. Sem essa premissa, fica prejudicado o conceito de democracia” (TEMER, 2006, p. 53).

A proteção do consumidor contra a publicidade enganosa e abusiva é um dos direitos básicos consagrados pelo Código de Defesa do Consumidor (artigo 6º, IV) porém, no momento nos ateremos apenas ao estudo da publicidade abusiva, que se encontra definida no parágrafo 2º do artigo 37 do mencionado diploma legislativo nos seguintes termos, *in verbis*:

É abusiva, dentre outras a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeita valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança.

Vemos que o Código traz de forma expressa a caracterização da abusividade de uma publicidade que desrespeita valores ambientais. Vale lembrar que, conforme a definição de consumidor por equiparação trazida pelo artigo 29 do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, a simples exposição, sendo pessoas determináveis ou não, à prática publicitária já é caracterizadora da relação de consumo, não havendo que se falar na prática de um determinado ato para que se opere o exaurimento desta relação.

Para a configuração da publicidade como sendo abusiva é prescindível a relação direta da mensagem com o produto ou serviço anunciado, isto é, não há relação necessária entre a publicidade e o objeto do anúncio, mas sim entre a publicidade e os efeitos que esta possa causar aos consumidores. Assim sendo, para aferir se uma mensagem publicitária é abusiva há que se fazer um juízo *in abstracto*, ou seja, não é necessário que ocorra uma ofensa

concreta ao consumidor, um dano real, de fato (exaurido). Somente se exige para classificação de uma mensagem publicitária como abusiva a potencialidade, o “perigo de dano” (o dano é presumido), violação ou ofensa.

Desta maneira, qualquer forma de anúncio publicitário que vá de encontro a valores ambientais é considerada publicidade abusiva nos termos do código. Assim sendo, poderíamos citar a título exemplificativo desta abusividade uma mensagem publicitária na qual haja a instigação à degradação da fauna ou da flora, à poluição em geral, ao desmatamento de áreas protegidas ou mesmo ao desgaste excessivo de recursos naturais.

Neste sentido, ocorrendo prática publicitária anti-ambiental, perpetrada pelo Poder Público (administração pública direta ou indireta) ou mesmo de uma pessoa jurídica de direito privado (em atividade delegada), referente à prestação de um serviço público, estará caracterizada a sua abusividade, além da relação de consumo por equiparação (decorrente da exposição), e o dano ou lesão ambiental estarão presumidos, ensejando assim a utilização da ação popular na sua forma constitucionalmente prevista.

Como fundamento para o uso do instrumento ação popular tendo por finalidade o controle da publicidade anti-ambiental vem também artigo 220, §3º, II da CF à pauta, o qual institui de forma expressa a possibilidade de defesa por parte da pessoa ou da família contra programas ou programações de rádio e televisão que venham de encontro aos princípios elencados no artigo 221 da Carta Magna, bem como contra a publicidade de produtos, práticas ou serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente.

Certamente, os realizadores da atividade publicitária ostentam uma enorme parcela de poder de influência social que vista sob o prisma da teoria constitucional de Lassalle (2010) implica importante fator real e efetivo de poder, detentor de uma força ativa capaz de transformar a realidade sócio-cultural de forma preemptória pela impingidela de costumes e valores nas entrelinhas dos anúncios publicitários.

Entretanto, ao nos depararmos com institutos como o da ação popular, vislumbramos a força determinante de conformação social que pode ser detentora de uma garantia constitucional desse porte, ocupando uma função decisiva em relação ao universo político-social. Nesse contexto, em oposição à teoria de Lassalle supramencionada podemos inserir o pensamento de Hesse a respeito da força normativa da Constituição ao afirmar que:

A Constituição jurídica logra conferir forma e modificação à realidade. [...] Ela própria converte-se em força ativa que influi e determina a realidade política e

social. [...] Portanto, a intensidade da força normativa da Constituição apresenta-se, em primeiro plano, como uma questão de vontade normativa, de vontade de Constituição (*Wille zur Verfassung*). (HESSE, 1991, p. 24)

Diante do exposto, atendendo-se a exigência de uma nova análise da normatividade que diz respeito à ação popular, sobretudo no que tange ao seu objeto, em atenção aos reclames do princípio democrático, e mais precisamente ao conceito de democracia participativa, mostra-se fundamentada a possibilidade de utilização da ação popular como garantia constitucional do processo de proteção e defesa do consumidor perante a atividade publicitária desenvolvida em razão da prestação de um serviço público, realizada pelo Poder Público, seja ente da administração pública direta ou indireta, ou ainda por pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviço público, seja concessionária, permissionária ou sob qualquer outra forma de delegação.

5 CONCLUSÃO

Inicialmente, tratamos de refutar um entendimento firmado por uma deliberação decisória do STJ que pugna pela não aplicabilidade da ação popular como instrumento processual idôneo a atuar em defesa do consumidor, constatando a ausência de uma fundamentação plausível desse posicionamento, uma vez em que houve apenas uma repetição simples dos dispositivos legais que regulam a matéria, sem a realização de uma apreciação mais profunda e apurada destes, principalmente no que tange ao artigo 83 do Código de Proteção e Defesa do Consumidor.

Em seguida, estabelecemos uma conceituação de ação popular através do estudo de sua conformação atual no direito estrangeiro e no direito brasileiro, constatando que em países como Itália, França, Portugal e Peru existem institutos análogos a ação popular nos moldes do direito pátrio. E, que conforme a Constituição Federal, esta ação popular brasileira é garantia constitucional apta à defesa do patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, da moralidade administrativa, do meio ambiente e do patrimônio histórico e cultural.

Posteriormente, iniciamos o estudo da ação popular como meio de controle da publicidade realizada no contexto da prestação de um serviço público, entendendo a ação popular em primeiro lugar como um instrumento da manifestação da soberania popular que implica o fomento da democracia participativa. E por último, apontamos a proteção ambiental

como um universo no qual pode ocorrer uma inter-relação entre o instituto da ação popular e a publicidade abusiva, por ambos possuírem o direito ambiental em sua seara protetiva.

Portanto, sobre o baldrame da democracia participativa, concluímos o presente estudo reconhecendo a aplicabilidade da ação popular como garantia constitucional hábil à tutela do usuário-consumidor perante o desenvolvimento de uma atividade publicitária, mais especificamente em caso da ocorrência de prática publicitária considerada antiambiental (publicidade abusiva), em razão da prestação de um serviço público, podendo ser realizada pelo Poder Público (administração pública direta ou indireta), ou ainda por uma pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviço público.

REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. **Política**. Trad. de Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2001.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

BOBBIO, Norberto. **Estudos sobre Hegel: direito, sociedade civil, estado**. 2. ed. São Paulo: Brasiliense, 1991.

_____. **O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo**. Trad. de Marco Aurélio Nogueira. 6. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da democracia participativa: por um direito constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade**. 3ª. Ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Organização do texto: Alexandre de Moraes. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

_____. Lei nº 8.078 de 11 de Setembro de 1990. **Código de Proteção e Defesa do Consumidor**. 3. ed. Brasília: Senado Federal, 2009.

DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

DUGUIT, Léon. **Fundamentos do direito**. Trad. de Márcio Pugliesi. São Paulo: Martin Claret, 2009.

ESPAÑA. Constitución (1978). **Constitución Española**: Promulgada el 27 de Diciembre de 1978. Disponível em: <<http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/index.htm>>. Acesso em: 01 jun. 2010.

_____. **Ley Orgánica, 6/1985, 1 de Julio, del Poder Judicial**. Disponível em: <http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/lo6-1985.html#>. Acesso em: 01 jun. 2010.

FAGUNDES, M. Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. Org. e trad. de Roberto Machado. 12. ed. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1996.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**: A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Trad. de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Trad. de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

ITÁLIA. Costituzione (1947). **Costituzione della Repubblica Italiana**. In: GU 7 dicembre 1947. Disponível em: <<http://www.governo.it/governo/costituzione/costituzionerepubblicaitaliana.pdf>>. Acesso em: 03 jun. 2010.

ITÁLIA. **Legge 6 agosto 1967, n. 765** (GU n. 218 del 31/08/1967). Disponível em: <http://www.italgiure.giustizia.it/nir/lexs/1967/lexs_215804.html>. Acesso em: 01 jun. 2010.

KASER, Max. **Direito privado romano**. Trad. de Samuel Rodrigues e Ferdinand *Hämmerle*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999.

KHOURI, Paulo R. Roque. A. **Direito do consumidor**: contratos, responsabilidade civil e defesa do consumidor em juízo. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

LASSALLE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

LINDBOM, Tage. **O mito da democracia**. Trad. de Lilian B. Schmidt. 9. ed. São Paulo: IBRASA, 2007.

MARQUES DE LIMA, Francisco Gérson. **Fundamentos constitucionais do processo**. São Paulo: Malheiros, 2002.

MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat. **De l'esprit des lois**. 496. ed. Paris: Éditions Garnier Frères, 1956. t. I.

NISHIYAMA, Adolfo Mamoru. **A proteção constitucional do consumidor**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

PERÚ. Constitución (1993). **Constitución Política del Perú**: Promulgada el 29 de diciembre de 1993. Disponível em: <<http://www.congreso.gob.pe/ntley/Imagenes/Constitu/Cons1993.pdf>>. Acesso em: 01 jun. 2010.

PORTUGAL. Constituição (1976). **Constituição da República Portuguesa**: Promulgada em 02 de abril de 1976. Disponível em: <<http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>>. Acesso em: 01 jun. 2010.

RODRIGUES, Geisa de Assis. Da ação popular. In: DIDIER JR., Fredie (Org.). **Ações constitucionais**. Salvador: JusPodivm, 2006.

ROMANO, Santi. **Princípios de direito constitucional geral**. Trad. de Maria Helena Diniz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Du contrat social ou principes du droit politique**. 629. ed. Paris: Garnier Frères, 1960.

SILVA, José Afonso da. **Ação popular constitucional: doutrina e processo**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. **Curso de direito constitucional positivo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

TEMER, Michel. **Democracia e cidadania**. São Paulo: Malheiros, 2006.