

DIREITO FUNDAMENTAL À AÇÃO POPULAR E O PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE NA DEFESA CONTRA PRÁTICAS ABUSIVAS DAS PRESTADORAS DE SERVIÇO PÚBLICO

FUNDAMENTAL RIGHT TO CLASS ACTIONS AND THE PRINCIPLE OF SOLIDARITY IN THE DEFENSE AGAINST ABUSIVE PRACTICES PERFORMED BY PUBLIC SERVICE PROVIDERS

Thaís Onofre Caixeta de Freitas

*Mestranda na Universidade Federal de Uberlândia (UFU)
Advogada*

Vinícius Weber

*Especialista em Direito Constitucional Aplicado pela Faculdade de Direito
Damásio de Jesus
Advogado*

Gabriel Oliveira de Aguiar Borges

*Doutorando em Direito político e econômico pela Universidade
Presbiteriana Mackenzie*

RESUMO: O objeto do presente artigo trata de práticas abusivas realizadas por prestadoras de serviço público bem como da fundamentação adequada para que a Ação Popular possa ser utilizada como instrumento de controle contra as práticas abusivas realizadas pela administração pública, práticas estas, consideradas atentatórias à moralidade administrativa e inibitórias de direitos dos consumidores. Existe ainda uma jurisprudência proibitiva que impede que a ação popular seja utilizada no âmbito do Direito do Consumidor, contudo, o princípio da solidariedade também não pode ser cerceado, tendo em vista que é imprescindível para a regulação do Estado. O presente estudo trata de demonstrar a importância do princípio da solidariedade no âmbito do consumidor e sua convergência com a Ação popular. Trata ainda da Ação Popular não somente como um instrumento de controle, mas como um remédio constitucional capaz de coibir práticas abusivas e demonstra quais são os problemas enfrentados atualmente no âmbito do direito que impedem que tal ação seja utilizada no âmbito das relações de consumo.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Administrativo. Controle. Ação Popular. Solidariedade

ABSTRACT: The subject of this article are the abusive practices performed by public service providers as well as the appropriate grounds so that Class Actions may be used as a control instrument against abusive practices performed by the public administration, which are deemed as going against administrative morality and inhibiting consumer rights. There is still a prohibitive case law that prevents class actions from being used within the scope of Consumer Law; however, the principle of solidarity cannot be curtailed either, since it is essential for State regulation. This study will attempt to demonstrate the importance of the principle of solidarity with regard to consumers and its convergence with class actions. This study will address Class Actions not only as a control instrument, but as a Constitutional remedy capable of curbing abusive practices, showing the issued currently being faced by law that prevent such actions from being used within the context of consumer relations.

KEYWORDS: Administrative Law. Control. Class Actions. Solidarity

Enviado em: 05-02-2020

Aceito em: 22-09-2020

1 INTRODUÇÃO

O artigo 5º, LXXIII da Constituição Federal, prevê a possibilidade de propor a Ação Popular como instrumento de participação ativa do cidadão na tentativa de anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência.

A legitimidade para propor a Ação Popular é de todo Cidadão no gozo dos seus direitos políticos, que pode ser comprovado com a juntada da Certidão de quitação eleitoral. Conforme disposto da Súmula 365 do STF, a Ação Popular não é medida posta a serviço de pessoa jurídica.

Ainda na Lei n. 4.717/65, o artigo 6º aduz que devem figurar o polo passivo, a depender do caso, as entidades da Administração Pública direta e indireta, as pessoas privadas beneficiárias do ato ou contrato lesivo e os agentes que autorizaram, aprovaram, ratificaram ou praticaram ato ou firmaram contrato.¹

A principal inquietação do presente artigo é sobre práticas abusivas realizadas por prestadoras de serviço público, e a ação que pode ser utilizada como instrumento de controle destas práticas atentatórias à moralidade administrativa e inibitórias de direitos dos consumidores.

No presente trabalho, será possível entender que, para tutela de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, é prevista a propositura de Ação Civil Pública, Mandado de segurança Coletivo, Ação de improbidade e também a Ação Popular, veremos cada uma em sua peculiaridade e estudaremos a jurisprudência proibitiva da Ação Popular nas relações de Consumo.

A ação popular é um direito fundamental, interesse legítimo e subjetivo do homem. Rodolfo de Camargo Mancuso aduz que esses direitos subjetivos soem vir acompanhados por uma ação previamente estabelecida para o caso de eventual afronta, resistência ou desconhecimento por parte de terceiros, ou do próprio Estado, como formulado no artigo 189 do Código Civil, que tais prerrogativas se estabelecem em formas de créditos formados contra ou em face do Estado, tomam a designação de direitos subjetivos públicos.²

¹ GASPARINI, Diógenes. Direito Administrativo. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.990.

² MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Interesses Difusos: conceito e legitimidade para agir. São Paulo: RT, 1991, p. 38.

Após análise sobre as chamadas dimensões de direitos humanos e a Ação Popular como direito fundamental, estudaremos a possibilidade de sua aplicação no âmbito consumerista na tutela de interesses difusos e instrumento inibitório de práticas abusivas realizadas por prestadoras de serviços públicos.

Por fim, faremos um estudo sobre serviço público, os órgãos públicos que exercem tutela sobre os direitos do consumidor e abordaremos os princípios aplicáveis na relação de consumo que devem ser observados pelo prestador de serviço público, com fim de evitar práticas abusivas causadoras de prejuízo ao consumidor.

2 AÇÃO POPULAR COMO GARANTIA CONSTITUCIONAL

Frente à existência da nova ordem constitucional, que elevou o *status* da promoção da pessoa ao patamar supremo do ordenamento jurídico, simultaneamente nasce um dos maiores problemas dogmáticos da ciência jurídica, força normativa da constituição³.

O referido problema ganhou ainda mais potencialidade no momento em que as aspirações sociais tornaram-se massificadas, reflexo da globalização. A complexa contextualização social é, até os dias de hoje, alvo de estudos, que visam atribuir efeito positivo prático à solução em relação à intensidade e existência de efeitos da norma constitucional.

Para solucionar, em parte, esta nova aresta jusfundamental voltada à proteção dos direitos de terceira dimensão, incorporou-se no exercício exegético da Doutrina, a racionalidade acerca de um *microsistema processual transindividual*.

A consumação desta teoria se deu por meio da junção e coerência entre vários enunciados prescritivos pretéritos à Constituição da República Federativa do Brasil - CRFB – os quais passaram necessariamente pela recepção – exemplos como a Lei Federal nº 7.347/85 e a Lei nº 4.714/65 – e posteriores – exemplo a Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor) e a Lei nº 13.460/17.

O chamado Código de Defesa do Consumidor (CDC) harmonizou e produziu coerência entre as normas de tutela dos interesses metaindividuais, dando origem técnica a este microsistema processual transindividual, reproduzindo

³ Sobre a força normativa da Constituição, ver, por todos, HESSE, Konrad. Die normative Kraft der Verfassung: Freiburger Antrittsvorlesung. Tübingen: Mohr Siebrek, 1959.

em vários de seus artigos conceitos acerca dos interesses jurídicos da coletividade em sentido amplo.

A Ação Popular deve ser localizada geograficamente dentro deste microsistema transindividual.

Com efeito, a Assembleia Constituinte, frente à importância desse instrumento de defesa dos interesses transindividuais, reconheceu, no artigo 5º, LXXIII da Constituição Federal, a possibilidade de propor a Ação Popular como instrumento de participação ativa do cidadão na tentativa de anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, bem como proteger a moralidade administrativa, o meio ambiente e o patrimônio histórico cultural.

A CRFB, então, reconhece a instrumentalidade da Ação Popular com o fito de defesa de interesse denominados de terceira dimensão⁴, já que tem íntima relação com o ideal revolucionário francês da fraternidade.

Há, então, a evidente premissa de que o reconhecimento da Ação Popular como instrumento de defesa de interesses de terceira dimensão começa a desvendar o mistério sobre os problemas de eficiência dos Direitos da Pessoa elevados pela nova ordem constitucional a um escalão, face a ordem massiva das relações jurídicas criadas pela globalização.

De uma forma simples e objetiva, pode-se identificar que para solucionar a dinâmica e rapidez das relações negociais e jurídicas criadas pela globalização foi necessária a estipulação de mecanismos dogmáticos diretamente proporcionais a esta mesma dinâmica e agilidade das referidas relações negociais.

Com efeito, estas premissas desencadeiam a importante conclusão relacionada à necessidade e importância da Ação Popular como instrumento para a eficiência dos modos de produção e obtenção de resultados das enunciações constitucionais.

O raio de abrangência deste instrumento é elementar para defesa e debate jurisdicional sobre um número infinito de Direitos Fundamentais.

Um dos mais importantes refere-se à chance que o cidadão – conceito em sentido estrito – tem ao participar ativamente do controle dos atos da administração pública.

Acredita-se que esta seja a mais nobre função da ação popular, já que viabiliza a aproximação do cidadão na tomada de decisão administrativa e principalmente controle nas atividades do Poder Executivo.

⁴ BONAVIDES, Paulo. Do estado liberal ao estado social. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 99-100.

Sem embargos, faz-se necessário ponderar que a própria CRFB possui identificação de coexistência, harmonia e independência entre os poderes da União – Art. 2º da CRFB – exigindo, portanto, uma razoável interpretação sobre os limites de intervenção do Poder Judiciário nas atribuições do Poder Executivo.

Nasce a teoria dos freios e contrapesos, limitando a atuação do Poder Judiciário – provocado neste contexto pela Ação Popular – ao controle de legalidade dos atos do Executivo. O sistema veio de Montesquieu, cuja criatividade está justamente em inserir tal sistema nas funções legislativas, executivas e judiciais, ensejando sua distribuição a instâncias distintas e aptas a exercer legitimamente o poder⁵.

Este círculo teórico é relevante para a manutenção da ordem constitucional e segurança jurídica, já que visa garantir a aplicação e imperatividade de enunciados prescritivos legais, fruto do exercício da atividade legislativa, produzindo, assim, coerência, harmonia e independência entre poderes.

Assim, identificamos que a Ação Popular é garantia constitucional reconhecida de forma explícita dentro o rol de Direitos Individuais da CRFB, mas que visa principalmente a tutelar interesses coletivos juridicamente traduzidos em direitos frente aos atos do Poder Executivo, tendo como limitação as atividades relacionadas ao controle de legalidade, concomitantemente protegendo a ordem jurídica e respeitando a harmonia, independência e coerência entre poderes.

De fato, desde a Constituição de 1946⁶, cujo art. 141, §4º, com correspondência no art. 5º, XXXV, da CRFB, preconizava que "*A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual*", nossa ordem constitucional assegura, de forma expressa que o Judiciário não poderá se eximir de apreciar eventual lesão a direito ou ameaça. Assim, a efetiva tutela judicial é direito fundamental⁷.

Assim, nossa ordem constitucional contempla outras garantias judiciais que podem ter reflexos sobre posições subjetivas e é aqui que entra a ação popular, assim como a ação civil pública, a arguição e descumprimento de preceito

⁵ SOARES, Mário Lúcio Quintão. Teoria do Estado. Novos paradigmas em face da globalização. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 66. Há doutrinadores, inclusive, que entendem que não existe, aqui, uma separação de poderes, mas apenas de órgãos que precisam ser diferenciados conforme suas funções. Nesse sentido, ver, por todos, SABINE, George H. História das teorias políticas. Rio de Janeiro: Edição Fundo de Cultura, 1964, p. 412.

⁶ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de direito constitucional. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 443.

⁷ Idem.

fundamental, a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade⁸.

3 AÇÃO POPULAR COMO INSTRUMENTO GARANTIDOR DE INTERESSES TRANSINDIVIDUAIS

Como dissertado no item anterior, a Ação Popular é instrumento de tutela de interesses transindividuais, os quais podem ser contextualizados como interesses jurídicos relacionados à coletividade em sentido amplo⁹.

Muito deste raciocínio de uso da ação popular como instrumento de interesses metaindividuais advém da própria interpretação ontológica do art. 1º da Lei n. 4.717/65, que menciona:

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

De início, é importante contextualizar que a enunciação prescritiva exige a utilização da Ação Popular para defesa do erário público de qualquer um dos entes do pacto federativo, ou na defesa dos interesses econômicos de entes ou membros da administração pública indireta.

Sem embargos, é importante contextualizar que a Ação Popular não pode ser utilizada exclusivamente para defesa de interesses individuais, sob pena de carência da ação, relativa ao interesse de agir.

A essência da Ação Popular é servir de instrumento para a defesa de liberdades públicas, garantindo a eficácia/eficiência de direitos fundamentais, tanto nos aspectos da eficácia horizontal e vertical, quanto nos aspectos da eficácia positiva e negativa.

⁸ Idem.

⁹ Nesse sentido, ver, por todos, MAZZILLI, Hugo Nigro. A defesa dos interesses difusos em juízo. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

Desta forma, a utilização da Ação Popular só pode ter como fundamento na defesa de Direitos Subjetivos Públicos relacionados à existência de uma Administração Pública proba e eficiente.

O professor Rodolfo Mancuso, assim contextualiza:

No caso da ação popular, qual o interesse material brandido pelo autor? Pensamos que esse interesse substancial seja o que compõe o núcleo e a gênese do direito subjetivo público de cada cidadão brasileiro a uma Administração proba e eficiente, direito esse que exerce em face de qualquer dos Poderes constituídos.¹⁰

Assim sendo, neste momento, faz-se uma consideração de extrema importância relacionada ao fato de que a Ação Popular se destina à proteção de direitos fundamentais de terceira dimensão, mas não todo e qualquer direito metaindividual, sendo tutelados exclusivamente aqueles relacionados à proteção do erário, à probidade administrativa, à moralidade, à eficiência, ao meio ambiente, ao patrimônio público em sentido amplo e também a interesses difusos de consumidores sempre relacionados com atos da Administração Pública.

Este recorte é necessário para identificar que a Ação Popular tem por objetivo servir de meio para levar ao Poder Judiciário possíveis atos que se fazem lesivos aos interesses acima indicados, não sendo aceita para defesa de interesses metaindividuais que não tenham relação com estas enunciações.

Essa especial característica do objeto da Ação Popular desencadeia um desdobramento prático não muito agradável.

Na hodierna prática nota-se o uso da Ação Popular com finalidade meramente política.

Trata-se de diagnóstico através do quais muitas vezes políticos da oposição se equivalem de suas prerrogativas como cidadãos para evidenciar defeitos da Administração Pública, tendo como único intuito seu específico benefício no sentido eleitoral, evidenciando a determinado eleitorado os defeitos da Administração Pública de seus pares.

Esta constatação pode ser comprovada pelo alto numero de distribuições de Ações Populares em períodos próximos a pleitos eleitorais, bem como a utilização das referidas ações em campanhas eleitorais.

Para que esta afirmação seja dotada de fundamento prático menciona um bom exemplo, a Ação Popular n. 0949031-33.2015.8.13.0702, distribuída

¹⁰ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Ação Popular. 8. ed. São Paulo: RT, 2015, p. 163.

frente à 1ª Vara da Fazenda Pública do município de Uberlândia-MG, a qual foi distribuída em meados de Dezembro de 2015 por determinado vereador do referido município, o qual questiona a contratação de determinado consórcio formado para a administração do estacionamento rotativo daquela municipalidade.

É evidente que qualquer cidadão tem a garantia fundamental de ação para manifestar as possíveis desconformidades dos atos da Administração Pública e da Lei. Porém a utilização da Ação Popular com exclusivo fim eleitoral dissuade a real finalidade da referida ação, sendo que a sua vital importância – defesa dos interesses metaindividuais anteriormente mencionados – é adjacente ao real interesse deste tipo de pretensão.

O conhecimento empírico demonstra que a desinformação sobre termos e viabilidades da Ação Popular frente à sociedade civil frustra a ampla utilização e assim declina este desanimador diagnóstico.

Mesmo com esse pequeno desvio prático, a Ação Popular não perde a sua principal essência, a defesa de uma Administração eficiente e proba.

Acredita-se que uma maior difusão social na relevância e uso da Ação Popular pode viabilizar maior controle de atos relacionados à Administração Pública, fazendo com que diversos Direitos e Garantias Fundamentais realmente tenham consumação prática.

3.1 O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA, A HARMONIZAÇÃO ENTRE PRINCÍPIOS ADMINISTRATIVOS E O PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE NA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL

Acredita-se que há ponto importante neste estudo, relacionado na importância da aplicação dos princípios da administração pública nas relações de consumo que tenham como destinatário final o próprio administrado.

Acredita-se que há necessária harmonização entre os princípios da administração pública e as enunciações de defesa do consumidor, quando este último é também o administrado.

A eficiência sempre é um dos principais problema, senão o maior, na Administração Pública brasileira, tendo problemas jurídicos e principalmente práticos desde os tempos da colonização portuguesa.

A dificuldade de exigência prática sobre a adoção dos modos mais adequação a atender o interesse público exigiu a expressa enunciação constitucio-

nal. Com a evidente necessidade de positivação explícita, foi editada a Emenda Constitucional n. 19/98, a qual se destinou a alterar o art. 37 da CRFB, que ganhou a seguinte enunciação:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

Desta forma, criou-se o mandado de otimização¹¹ exigindo que a Administração Pública direta e indireta realizem a adoção de todos os modos necessários para a satisfação de determinado interesse público.

Ocorre que mesmo com a enunciação explícita deste princípio na CRFB, a realidade apresentada na sociedade brasileira demonstra a enorme dificuldade que a Administração Pública tem de viabilizar o cumprimento do presente dever constitucional.

É neste contexto que a Ação Popular ganha protagonismo.

Vejamos como premissa maior identifica-se que a Administração Pública direta e indireta dos entes federativos encontra dificuldade na execução prática dos modos adequados a atender os interesses públicos.

Como premissa menor temos a substancial proteção do cidadão contra as ingerências de uma Administração improba e ineficiente, deve ocorrer através da Ação Popular.

Logo concluímos que a Ação Popular deve servir como instrumento de exigibilidade de todo e qualquer Direito ou Garantia fundamental ligada a proteção do erário público, probidade administrativa, moralidade, eficiência, meio ambiente, o patrimônio público em sentido amplo e também interesses difusos de consumidores.

Acredita-se que a utilização efetiva e contínua da Ação Popular na repressão de atos lesivos a tais direitos metaindividuais viabilizará, na perspectiva de médio e longo prazo, a mudança substancial na eficiência da Administração Pública.

Este silogismo busca amparo na conclusão realizada pelo professor José dos Santos Carvalho Filho, que indica:

¹¹ CF ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

Incluído em mandamento constitucional, o princípio pelo menos prevê para o futuro maior oportunidade para os indivíduos exercerem sua real cidadania contra tantas falhas e omissões do Estado. Trata-se, na verdade, de dever constitucional da Administração, que não poderá desrespeitá-lo, sob pena de serem responsabilizados os agentes que derem causa à violação. Diga-se, entretanto, que de nada adiantará a menção a tal princípio se não houver uma disciplina precisa e definida sobre os meios de assegurar os direitos dos usuários, a qual, diga-se por oportuno, já há muito deveria ter sido instituída se tivesse sido regulamentado o art. 37, § 3º, da Constituição Federal, que, mesmo antes da alteração introduzida pela mencionada Emenda Constitucional, previa expressamente a edição de lei para regular as reclamações relativas à prestação de serviços públicos. Fora daí, o princípio, tanto quanto tem sido esse último mandamento, tornar-se-á letra morta.¹²

A citação acima deve ser regozijada no exercício exegético que este estudo se propõe, posto que guarda íntima relação com a solução do problema da ineficiência dos serviços públicos, seja ela na Administração Pública direta ou indireta.

Vejamos que, mesmo após 20 anos da positivação do princípio da eficiência – Emenda Constitucional n. 19/98 – a conclusão do professor José dos Santos ainda é atualíssima, uma vez que, por diversas vezes, serviços públicos não são realizados no modo e forma adequados.

Acredita-se que o uso efetivo e contínuo do *microsistema processual transindividual* seja a solução para o problema da (in) eficiência dos mais variados campos da Administração Pública brasileira.

Conforme já esboçado preliminarmente, acredita-se que há a necessidade de simbiose entre os princípios da administração pública e as normas de tutela do consumidor, quando este destinatário final também figurar como administrado.

De início, é necessária uma noção propedêutica sobre o que é considerado Serviço Público, para isso menciona-se o conceito do professor José dos Santos Carvalho Filho (436, 2016):

Em nosso entender, o conceito deve conter os diversos critérios relativos à atividade pública. De forma simples e objetiva, conceituamos serviço público como toda atividade prestada pelo Estado ou por seus delegados, basicamente sob regime de direito público, com vistas à satisfação de necessidades essenciais e secundárias da coletividade.

¹² CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. São Paulo: Atlas, 2016., p. 83.

Com efeito, deve-se considerar serviço público como o regime prestacional coletivo destinado a atender necessidades básicas e secundárias.

Para tornar esta premissa inteligível, menciona-se o exemplo do cidadão que utiliza ou transporte público, ou que usufruiu dos serviços de água e esgoto etc.

Assim sendo, deve-se identificar que a titularidade do respectivo serviço, via de regra é indicado pela CRFB, sendo que a referida indicação além de criar o direito ao administrado cria concomitantemente o dever de execução e fiscalização do referido ente federativo ao qual foi delegado o referido serviço.

Novamente a menção ao professor José dos Santos Carvalho Filho (436, 2016) é necessária:

O controle, diga-se de passagem, é inerente à titularidade do serviço. Se a determinada pessoa federativa foi dada competência para instituir o serviço, é não só faculdade, mas dever, o de aferir as condições em que é prestado, sobretudo porque essa aferição traz repercussão na esfera dos indivíduos beneficiários do serviço.

Pelo que consta na melhor doutrina sobre serviços públicos, aplicam-se além dos princípios constitucionalmente reconhecidos, os princípios específicos – generalidade, continuidade, eficiência e modicidade.

Assim sendo, a proposta dogmática apresentada sugere uma harmonização destes mandamentos de otimização com as enunciações de proteção ao consumidor.

Vejamos o primeiro exemplo mencionado acima.

O administrado/usuário do serviço público do transporte público tem proteção simultânea do Código de Defesa do Consumidor e também da CRFB e da Lei n. 8.987/95, neste último caso aplicável aos casos de descentralização do referido serviço.

Tudo isso sem falar da Lei n. 13.460/17, que versa especificamente sobre a participação, proteção e defesa do usuário de serviços públicos. A lei tem especial relevância pois traz as diretrizes para os serviços públicos (art. 5º) e direitos básicos do usuário (art. 6º), que, em comunhão com o restante da ordem jurídica, dá força ao microssistema aqui estudado.

Voltamos ao caso concreto.

A realidade prática do usuário do serviço de transporte público demonstra um reiterado descumprimento em relação a superlotação dos meios de transporte – trens, metrô, ônibus, entre outros.

Ressalta-se que a disponibilização de serviço seja ele pública ou privada em desacordo com normas de especificação técnica constitui prática abusiva - enunciação do art. 39, inciso VIII do CDC - o qual menciona:

Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas:

VIII - colocar, no mercado de consumo, qualquer produto ou serviço em desacordo com as normas expedidas pelos órgãos oficiais competentes ou, se normas específicas não existirem, pela Associação Brasileira de Normas Técnicas ou outra entidade credenciada pelo Conselho Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial.

Não raras vezes a disponibilização do serviço público, no exemplo, o transporte público, é oferecido em desacordo com especificações técnicas indicadas pelos respectivos órgãos competentes.

A referida prática abusiva é muito comum na execução de serviços públicos com descentralização.

Desta feita, mesmo com a previsão de fiscalização – art. 29, inciso I da Lei n. 8.987/95 – a Administração Pública dificilmente realiza os referidos atos, descumprindo assim o seu dever de exercício efetivo de Poder de Polícia.

Trata-se aqui de uma deficiência bilateral, de um lado, a empresa concessionária, oriunda da iniciativa privada destinada maximizar lucros e reduzir custos, de outro a Administração Pública deficiente em seu dever de fiscalização e corajosa o suficiente para exigir a caducidade em razão da inadequação do serviço público.

Esse contexto deficitário é um diagnóstico prático do fracasso nas mais variadas formas de execução do serviço público.

Mesmo assim, o ordenamento jurídico viabiliza mecanismos de controle que com a oportuna utilização podem recentralizar a qualidade na prestação do serviço público. Menciona-se aqui o papel importante que a ação popular desempenha, uma vez que se trata de ferramenta vinculada ao já estudado *microssistema processual transindividual* que viabiliza a defesa de interesses do cidadão.

Acredita-se que o uso correto da ação popular pode viabilizar o controle jurisdicional da aplicação dos princípios que regem a administração pública e de

forma sincronizada a execução da imperatividade das normas de direito consumerista.

O protagonismo da Ação Popular viabiliza a judicialização da aspiração social, proporcionando a existência de um controle maior sobre os atos da administração pública, seja ela direta ou indireta.

3.3 PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE E SUA IMPORTÂNCIA PARA GARANTIA DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Antes de tudo, precisamos compreender a solidariedade como princípio e, também, como axioma¹³. Entretanto, no plano jurídico, há adequações necessárias ao axioma, que não é mero sentimento íntimo ou regra de ordem moral. É totalmente prescindível que o indivíduo destinatário do comando constitucional concorde com este¹⁴. Assim, em nossa ordem constitucional, existe um dever de proteção à solidariedade e dignidade¹⁵, o que se evidencia desde o preâmbulo, que demonstra a opção por “igualdade e justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna”, dando, ao nosso Estado, as seguintes finalidades:

i) justiça social (arts. 3º, I, 170, caput, e 193 da CF/88) que busca redistribuição de renda e igualdade de chance a todos, ou seja, a capacidade existencial, econômica e cultural para viver e trabalhar, num nível razoável; e ii) segurança social, ou seja, a) bem-estar social (arts. 186, VI, e 193 da CF/88), consubstanciado especialmente na proteção existencial, garantida pela prestação de serviços públicos básicos (água, luz, transporte, educação, saúde etc.) e nos seguros sociais (seguro-desemprego, seguro por invalidez etc.) e b) assistência social (auxílio mínimo existencial e auxílios em catástrofes naturais, a fim de garantir um mínimo de dignidade humana ao cidadão)¹⁶.

Deveras interessante é o conceito de cidadania solidária, em que, em um primeiro estágio evolutivo, entendíamos a cidadania como liberdade de usufruir da vida, liberdade propriedade, sem intervenção externa. A evolução trouxe novo conteúdo ao conceito, que passa a abordar, também a participação social na gestão pública, por exemplo, por meio do sufrágio. Por fim, entramos em um

¹³ TORRES, R. L. Existe um princípio estrutural da solidariedade? In: GRECO, M. A.; GODOI, M. S. de. [coord.]. Solidariedade social e tributação. São Paulo: Dialética, 2005. p. 198.

¹⁴ SARMENTO, D. Direitos fundamentais e relações privadas. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 297.

¹⁵ ÁVILA, H. Limites à tributação com base na solidariedade social. In: GRECO, M. A.; GODOI, M. S. de. [coord.]. Solidariedade social e tributação. São Paulo: Dialética, 2005. p. 68.

¹⁶ YAMASHITA, D. Princípio da solidariedade em direito tributário. In: GRECO, M. A.; GODOI, M. S. de. [coord.]. Solidariedade social e tributação. São Paulo: Dialética, 2005, p. 59.

ideal de cidadania solidária, em que a vida pública passa a orbitar em torno da pessoa.

E o conceito de pessoa se afigura como uma essência em matéria de solidariedade, enquanto cuidado com o outro¹⁷ –, e a pessoa é quem tem o condão de dar gênese ao direito, que “surge como obra humana, é utilizado por pessoas, serve aos seus interesses e os seus fins e sofre as vicissitudes que a Humanidade lhe queira imprimir. Neste sentido, a pessoa humana não constitui qualquer instituto jurídico”¹⁸.

Desenvolvendo esse conceito, Fernando Rodrigues Martins explica que

esse sujeito real de direitos não é parte de situações jurídicas subjetivas tão somente nos limites territoriais do Estado onde mora, onde exerce as atividades dia-a-dia. [...] Na sociedade de consumo [...] está-se ante o ‘cidadão-mundo’ à mercê da hipercomplexidade informacional, da agressividade do mercado, de redutos e monopólios tecnológicos e, sobretudo, constantemente seduzido pelo consumismo insaciável e excludente¹⁹.

Nesse diapasão, os direitos humanos almejam ao resguardo vital dos consumidores, na medida em que são pessoas vulneráveis no mercado²⁰. No âmbito do Estado social, já aparecem interesses econômicos e sociais, impondo, ao Estado, o dever de proteção e, aos cidadãos, o dever de solidariedade.²¹ A razão desse resguardo vital se dá pelo fato de o consumidor ser o vulnerável no mercado²².

Isso levou a uma transformação axiomática e até mesmo teleológica do próprio direito internacional, diminuindo a importância das relações interestatais, tornando-se centro de aplicação e concretude dos direitos humanos, lançando a pessoa à globalidade.

Cabe, aqui, nos socorrermos da lição de Cançado Trindade:

¹⁷ PERLINGIERI, Pietro; FERMI, Pasquale. *Nozioni introduttive e principi fondamentali del diritto civile* 2. ed. Napoli: Edizione Scientifiche italiane, 2004, p. 72.

¹⁸ MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha. *Tratado de direito civil português. Parte Geral. Tomo I*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 371.

¹⁹ MARTINS, Fernando Rodrigues. Os lugares do direito do consumidor na pauta humanitária: em busca do modelo nomo-global de proteção aos vulneráveis. *Direito privado e policontextualidade. Fontes, Fundamentos e Emancipação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 142-143.

²⁰ BARROSO, Luís Roberto. A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 33.

²¹ MARTINS, Fernando Rodrigues. Os deveres fundamentais como causa subjacente-valorativa da tutela da pessoa consumidora: contributo transversal e suplementar à hermenêutica consumerista da afirmação. In: MARTINS, Fernando Rodrigues. *Direito privado e policontextualidade. Fontes, Fundamentos e Emancipação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 255.

²² BARROSO, Luís Roberto. A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 33.

ao longo da evolução do Direito Internacional contemporâneo, a personalidade jurídica internacional deixou de ser monopólio dos Estados. Tanto estes, como as organizações internacionais, como os seres humanos individual e coletivamente, são titulares de direitos e portadores de dever emanados diretamente do Direito Internacional²³.

O princípio da solidariedade está previsto no ordenamento jurídico e deve resguardar também os consumidores. Pensando desta forma, é possível afirmar que a Ação Popular como forma de controle das práticas da administração, poderá ser utilizada também sob o Âmbito consumerista, por mais que a Jurisprudência atual do STJ afirme o contrário, sob consequência de incorrer em desacordo com o princípio da solidariedade, inerente aos direitos humanos.

4 CRÍTICA À JURISPRUDÊNCIA PROIBITIVA DA UTILIZAÇÃO DA AÇÃO POPULAR NAS RELAÇÕES DE CONSUMO

Mesmo após a consagração constitucional do da ação popular, ainda permeiam dúvidas a respeito dela, principalmente no que tange à sua aplicação. A hipótese do presente estudo é incluir a Ação Popular como forma de defesa de interesse do consumidor, além de Ação Civil Pública.

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.

A Ação Popular não é servil à defesa dos consumidores, porquanto instrumento flagrantemente inadequado mercê de evidente ilegítimatio 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 só em 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)²⁴

²³ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. O direito internacional em um mundo em transformação. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 1-102.

²⁴ Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº. 818.725 - SP. Relator: Ministro Luiz Fux. Julgamento em 13/05/2008. DJ. 16/06/2008.

Contudo, apesar da jurisprudência proibitiva, a legislação consumerista não faz restrição à espécie de ação a ser usada para tutela dos interesses protegidos, além da capacidade da ação para tanto. Pelo contrário, abrange quaisquer possíveis meios processuais que sejam idôneos à defesa dos interesses do consumidor.

Neste contexto, 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 Código de defesa do Consumidor.

Sabe-se que o inciso LXXIII do artigo 5º da CF, inseriu a Ação Popular 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 n. 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.

No que tange à legitimidade passiva na ação popular, o artigo 6º da Lei no 4.717 de 1965 dispõe que, *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.

Conforme demonstrado, é de se discordar 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.”²⁵

De acordo com o entendimento legal, é 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).

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

²⁵ RODRIGUES, Geisa de Assis. Da ação popular. In: DIDIER JR., Fredie (Org.). Ações constitucionais. Salvador: JusPodium, 2006, p. 219.

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.²⁶

Ademais, a existência comprovada de um ato lesivo é requisito formal para a utilização da ação popular. Tal ato lesivo pode ser causado por uma conduta comissiva ou omissiva. Exige-se, também, os considerados interesses coletivos, em que a ocorrência da lesão, são contra o patrimônio público ou entidade que tenha participação estatal, a moralidade administrativa, o meio ambiente, ou ainda contra o patrimônio histórico e cultural.

Pode-se entender, portanto, que a ação popular 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 cultural.²⁷

Diante dessa ótica, é possível notar 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).”²⁸

No que tange à configuração atual do pleito da ação popular no direito brasileiro pode-se dizer 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.”²⁹

Sendo assim, não obstante o fato de que a abrangência proporcionada pelo artigo 83 do CDC, 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 das práticas abusivas, instituto imprescindível em se tratando de controle da atividade do Poder Público por parte da sociedade.

²⁶ FAGUNDES, M. Seabra. O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 374 – 375.

²⁷ SILVA, José Afonso da. Ação popular constitucional: doutrina e processo. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 100.

²⁸ NISHIYAMA, Adolfo Mamoru. A proteção constitucional do consumidor. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 261.

²⁹ MARQUES DE LIMA, Francisco Gérson. Fundamentos constitucionais do processo. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 274.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, atendendo-se a exigência de uma nova análise da normatividade que diz respeito à ação popular, principalmente no sobre seu objeto, mostra-se fundamentada e concreta a possibilidade de utilização da ação popular como garantia constitucional do processo de proteção e defesa do consumidor.

Defesa essa, contra práticas abusivas na prestação de alguns serviços públicos, realizada pelo Poder Público, por pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviço público, seja concessionária, permissionária ou sob qualquer outra forma de delegação, ou seja ente da administração pública direta ou indireta.

Tal conclusão é possível, tendo em vista que a Ação Popular é um Direito Fundamental e não deve ser cerceado, seja em âmbito das relações públicas ou privadas e ou transindividuais.

REFERÊNCIAS

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

ÁVILA, H. Limites à tributação com base na solidariedade social. In: GRECO, M. A.; GODOI, M. S. de. [coord.]. **Solidariedade social e tributação**. São Paulo: Dialética, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo**: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 818.725 - SP**. Relator: Ministro Luiz Fux. Julgamento em 13/05/2008. DJ. 16/06/2008.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **O direito internacional em um**

mundo em transformação. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo.** São Paulo: Atlas, 2016.

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

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo.** 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

HESSE, Konrad. **Die normative Kraft der Verfassung:** Freiburger Antrittsvorlesung. Tübingen: Mohr Siebrek, 1959.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses Difusos:** conceito e legitimidade para agir. São Paulo: RT, 1991.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação Popular.** 8. ed. São Paulo: RT, 2015.

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

MARTINS, Fernando Rodrigues. **Direito privado e policontextualidade.** Fontes, Fundamentos e Emancipação. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo.** 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha. **Tratado de direito civil português.** Parte Geral. Tomo I. Coimbra: Almedina, 2007.

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

PERLINGIERI, Pietro; FERMIA, Pasquale. **Nozioni introduttive e principi fondamentali del diritto civile** 2. ed. Napoli: Edizione Scientifiche italiane, 2004.

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

SABINE, George H. **História das teorias políticas**. Rio de Janeiro: Edição Fundo de Cultura, 1964.

SARMENTO, D. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

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

TORRES, R. L. Existe um princípio estrutural da solidariedade? In: GRECO, M. A.; GODOI, M. S. de. [coord.]. **Solidariedade social e tributação**. São Paulo: Dialética, 2005.

YAMASHITA, D. Princípio da solidariedade em direito tributário. In: GRECO, M. A.; GODOI, M. S. de. [coord.]. **Solidariedade social e tributação**. São Paulo: Dialética, 2005.