

XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS III

ELOY PEREIRA LEMOS JUNIOR

NARCISO LEANDRO XAVIER BAEZ

MARCELO ANTONIO THEODORO

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D598

Direitos e garantias fundamentais III [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UnB/UCB/IDP/UDF;

Coordenadores: Eloy Pereira Lemos Junior, Marcelo Antonio Theodoro, Narciso Leandro Xavier Baez – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-181-4

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO E DESIGUALDADES: Diagnósticos e Perspectivas para um Brasil Justo.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Garantias Fundamentais. I. Encontro Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Brasília, DF).

CDU: 34



Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS III

Apresentação

Os textos que formam este livro foram apresentados no Grupo de Trabalho “Direitos e Garantias Fundamentais III”, durante o XXV Congresso Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito, realizado em Brasília- DF em julho de 2016.

O Grupo foi Coordenado pelos Professores Doutores, Eloy Pereira Lemos Junior da Universidade de Itaúna-MG, Narciso Leandro Xavier Baez da Universidade do Oeste de Santa Catarina e Marcelo Antonio Theodoro da Universidade Federal de Mato Grosso.

No Grupo de Trabalho de Direitos e Garantias Fundamentais pudemos identificar, a partir da apresentação dos artigos que a seguir foram selecionados, vários enfoques atualíssimos sobre a temática.

Para melhor situar e favorecer os debates, identificamos um primeiro grupo que tratou sobre temas afetos aos direitos afetos às vulnerabilidades, reconhecimento dos direitos das comunidades indígenas e tradicionais. Neste sentido identificamos os trabalhos de Aldrin Bentes Pontes e Joyce Karoline Pinto Oliveira Pontes “O direito e reconhecimento de comunidade quiombola em Manaus”; Joyce Pacheco Santana que apresentou o artigo realizado em coautoria com Izaura Rodrigues Nascimento, “Exploração sexual infantil: um estudo de caso acerca da coragem das meninas indígenas de São Gabriel da Cachoeira para enfrentar esse mal”; Thandra Pessoa de Sena, com o artigo em coautoria com Joedson de Souza Delgado sobre a “Adoção de Crianças e Adolescentes nas Comunidades Indígenas: A colocação de uma criança indígena em uma família substituta”, além de Alyne Marie Molina Moreira e Jeanne Marguerite Molina Moreira que apresentaram o artigo “O reconhecimento da personalidade psíquica da criança transexual como forma de garantir a dignidade humana prevista na constituição federal brasileira/1988 – uma análise à luz do direito e da psicanálise”.

Noutra ponta, vários artigos enriqueceram o debate acerca da judicialização dos direitos fundamentais, do chamado ‘ativismo judicial’ e a concretização dos direitos fundamentais tendo como horizonte hermenêutico o princípio da dignidade da pessoa humana. Para ilustrar temos os artigos de Danielle Sales Echaiz Espinoza: “Do mínimo ao máximo social: divergências na doutrina brasileira acerca do mínimo existencial social”; Clarisse Souza Prados, “O direito fundamental a autonomia da vontade como conteúdo essencial à dignidade

da pessoa humana – o caso do arremesso de anões; Flávia Brettas Brondani e “O mandado de injunção e o ativismo no Supremo Tribunal Federal” e Fernanda Sartor Meineiro e Fábio Beltrami: “O princípio da dignidade humano como conceito interpretativo”.

Um terceiro grupo de artigos versou sobre a liberdade de expressão, sobre o direito fundamental à verdade e também sobre o direito fundamental à cultura. Neste sentido, os artigos de Isabelle Maria Campos Vasconcelos Chehab em coautoria com Ana Maria D’Ávila Lopes: “Notas sobre a efetividade do direito fundamental à verdade no nordeste brasileiro: a experiência da comissão estadual da memória e verdade Dom Helder Câmara (Pernambuco); Catia Rejane Liczbinski Sarreta e “O direito à cultura como fundamental: Considerações em relação à aplicabilidade da Lei Rouanet”; Sabrina Fávero trouxe o artigo produzido em coautoria com Wilson Antonio Steinmetz “A liberdade de expressão e direitos de personalidade: colisões e complementariedades”; no mesmo sentido Caroline Benetti: “A liberdade de expressão como instrumento para concretização do regime democrático e sua convivência com os direitos da personalidade”.

Não se olvidou sobre a discussão do direito fundamental à igualdade, com vários enfoques: a começar por Lucas Baffi Ferreira Pinto que apresentou o artigo em realizado em coautoria com Carlos Frederico Gurgel Calvet da Silveira: “Igualdade religiosa na era secular um diálogo entre Charles Taylor e Daniëlle Hervieu-Léger”; Alisson Magela Moreira Damasceno e Ana Maria de Andrade: “Análise do sistema de cotas raciais no Brasil como ações afirmativas aliadas ao direito geral de igualdade”; Matheus Ferreira Bezerra: “O direito fundamental de combate à desigualdade social”; Tássia Aparecida Gervasoni e Iuri Bolesina: “O direito fundamental à igualdade e o princípio da solidariedade como fundamento constitucional para as ações afirmativas”

Outro ponto de contato dos direitos fundamentais com as garantias processuais a eles inerentes apareceu nos artigos de Fernanda Sell de Souto Goulart e Denise S.S. Garcia “Normas fundamentais do processo civil: a sintonia da constituição federal e o novo código de processo civil na garantia e defesa dos direitos fundamentais”; João Francisco da Mota Junior: “O conceito de cidadão e a ação popular – uma perspectiva diante da constituição cidadã”; Juliane Dziubate Krefta em coautoria com Aline Fátima Morelato: “A gratuidade de Justiça e a interpretação da litigância de má-fé em relação aos beneficiários, como meio processual adequado à efetivação dos direitos fundamentais”; Oksandro Gonçalves trouxe a discussão o artigo produzido em conjunto com Helena de Toledo Coelho sobre “O foro privilegiado das autoridades públicas e o princípio da ampla defesa – análise do

entendimento do STF de Collor à Dilma; e ainda Rogério Piccino Braga e Francislane de Almeida Coimbra Strasser: “A inimizabilidade como direito fundamental do ser humano em desenvolvimento e a redução da maioridade penal”.

Dois artigos pontuaram questões de bioética, quais sejam, Aline Marques Marino em coautoria com Jaime Meira do Nascimento Junior, que versou sobre “Apontamentos sobre os riscos da Ortotanásia a partir de Gattaca, experiência genética” e Kelly Rodrigues Veras, juntamente com Carlos Eduardo Martins Lima: “A utilização de bancos de perfis genéticos frente aos direitos e garantias constitucionais do estado democrático de direito”

Por derradeiro, dois artigos que versaram sobre o direito fundamental ao trabalho, sendo eles o de Paulo Henrique Molina Alves em coautoria com Luiz Eduardo Gunther, “O programa de proteção ao emprego instituído pela Lei 13.189/2015 em contraponto ao princípio constitucional do pleno emprego”, além de Simone Kersouani e Mirta Gladys Lerena Manzo de Misailidis com o artigo “O paradoxo do teletrabalho sob o enfoque dos direitos e garantias fundamentais”.

Os trabalhos foram apresentados e debatidos com discussões enriquecedoras, que instigam à leitura detalhada de cada um dos artigos, pela valorosa contribuição que certamente darão às discussões contemporâneas sobre Direitos Fundamentais e suas garantias. Parabenizam os coordenadores à todos os autores e aos que participaram do debate e recomendam com entusiasmo a leitura da presente obra.

COORDENADORES:

Professor Doutor ELOY PEREIRA LEMES JUNIOR da Universidade de Itaúna-MG (UIT-MG)

Professor Doutor NARCISO LEANDRO XAVIER BAEZ da Universidade do Oeste de Santa Catarina (UNOESC)

Professor Doutor MARCELO ANTONIO THEODORO da Universidade Federal de Mato Grosso (UFMT)

O CONCEITO DE CIDADÃO E A AÇÃO POPULAR – UMA PERSPECTIVA DIANTE DA CONSTITUIÇÃO CIDADÃ

CITIZEN CONCEPT AND POPULAR ACTION - A PERSPECTIVE ON THE CITIZEN CONSTITUTION

Joao Francisco da Mota Junior ¹

Resumo

Este artigo questiona a interpretação do conceito de cidadão para a legitimidade ativa na ação popular numa perspectiva constitucional. Como metodologia, será analisado o instituto da ação popular historicamente, no Brasil e no direito comparado, identificando sua finalidade protetiva. A hipótese foi construída a partir da constatação de que o conceito de cidadão para propositura de ação popular não pode ser restringido pela Lei nº 4.717/65, ante o conceito abrangente de cidadania pela Constituição Cidadã. Restrições quanto à fruição do direito configura uma ofensa constitucional. A ação popular é um direito subjetivo público, cuja proteção visa ao interesse público

Palavras-chave: Ação popular, Legitimidade ativa, Conceito de cidadão, Lei nº 4.717/65

Abstract/Resumen/Résumé

This article questions the interpretation of the citizen concept for the active legitimacy in popular action in a constitutional perspective. The methodology will be analyzed the institute of class action historically in Brazil and comparative law, identifying its protective purpose. The hypothesis was built from the observation that the concept of citizen to class action filing can not be restricted by Law n. 4.17/65, before the comprehensive concept of citizenship by Citizen Constitution. Restrictions on the right of enjoyment sets a constitutional offense. The popular action is a public subjective right whose protection is aimed at the public interest.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Popular action, Active legitimacy, Citizen concept, Law n. 4.717/65

¹ Mestre em Direito Constitucional pelo Instituto Brasileiro de Direito Público (IDP). Graduado em Direito e Especialista em Processo Civil e Penal-UFBA, Pós-Graduado em Ciências Jurídicas-UCSal/EMAB. Professor da Unieuro-DF

INTRODUÇÃO

A ação popular configura um instrumento de participação do cidadão em prol do interesse público. Prevista no art. 5º, LXXIII da Constituição de 88, trata-se de um direito subjetivo do cidadão, como exercício da sua participação democrática.

A ação popular permite aos cidadãos processar, reivindicar ou corrigir erros do Poder Público, suprir omissão de administradores ou proteger a defesa de interesses comuns, decorrente de atos lesivos ao patrimônio público, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural.

Por permitir que “qualquer cidadão” possa exercer este direito fundamental e/ou esta tutela constitucional, qualquer restrição à sua fruição pode constituir uma ofensa à *Constituição cidadã*, tão bem consagrada pelo então presidente da Câmara dos Deputados, Ulysses Guimarães, em seu discurso histórico quando de sua promulgação, em 5 de outubro de 1988. Neste discurso, restou evidenciado que os cidadãos “são poderosos e vigilantes agentes da fiscalização”, encontrando-se na ação popular um destes mecanismos de exercício da cidadania.

Com previsão na Consituição de 1946 (art. 141, § 38), o direito constitucional foi regulamentado pela Lei nº 4.717, de 1965, a qual preconizou um conceito de “cidadão” não definido constitucionalmente, para configurar no pólo ativo da ação.

Assim pretende este artigo questionar como deve ser interpretado o conceito de cidadão para fins de legitimidade ativa na ação popular numa perspectiva da ordem constitucional de 88.

Extraindo-se de sua origem romana, a *actio popularis* deve ser concebida como um instrumento de proteção popular individual ou coletivo.

A proteção do interesse público, como regra, vem acompanhando tal instituto ao longo do tempo e sua constitucionalização em diversos países nos séculos XIX e XX. Neste sentido, Constituições brasileiras concederam à ação popular um instrumento e garantia de controle do cidadão.

O conceito de cidadania cada vez mais ganha novos contornos, no contexto democrático, conseqüentemente, há que se repensar e revisar a própria definição de cidadão, de uma análise estritamente normativa para uma visão constitucional-democrática. A importância da revisão deste conceito permite ampliar uma maior efetividade ao direito subjetivo público, em prol da coletividade e exercício da cidadania.

Salienta-se que a pesquisa se restringirá quanto à condição e à qualidade do sujeito ativo e não adentrar em outros temas relacionados à legitimidade da ação popular, sobretudo, processuais.

Utilizando-se, metodologicamente, preceitos modernos e constitucionais sobre cidadania e análise normativa pátria e no direito comparado, buscar-se-á demonstrar a importância do tema, a fim de identificar uma melhor interpretação para o exercício do direito do cidadão.

I – A AÇÃO POPULAR E CONSTITUIÇÃO CIDADÃ

A ação popular, sem dúvida, representa um instrumento ao exercício da cidadania participativa. Desde o seu nascimento em Roma, preocupou-se em ser um mecanismo de proteção ao interesse comum.

Para Rudolf Von Ihering, citado por Nelson Carneiro (1951, p. 39), as ações populares foram “a forma solene que sucedeu à vigilância antes exercida, sem formalidades, pelo povo, a fim de assegurar o livre uso das coisas públicas, a segurança do trânsito, etc.”

Ao longo da história, a finalidade protetiva da ação popular teve variadas formas, sendo que, sob a influência do constitucionalismo, e sobretudo nos séculos XIX e XX, houve um grande avanço quanto ao seu campo de abrangência.

1.1 *Actio popularis*: instrumento de proteção popular

A origem da ação popular remota de Roma (FAGUNDES, 2005; BIELSA, 2005; SILVA, 1968). Pode-se afirmar que o direito romano tinham duas vias de caráter popular, as ações populares propriamente ditas e os interdictos populares (MANCUSO, 2015 p. 58). Ainda que juridicamente diferentes e com variáveis, apresentavam muitas similitudes, dentre elas a possibilidade de proteger interesses coletivos contra fatos ou condutas que afetassem o *populus romanus*, por vezes serviam como proteção à interesses particulares ou próprios (SILVA, 1968, p. 22).¹ Também se pode notar, que a legitimidade para ajuizamento destas ações, em regra, seria toda pessoa (TELLES, 1968, P. 2) pertencente ao *populus*, mesmo que condicionada a pertencer aquela comunidade política-social, ou limitações decorrente da capacidade jurídica romana, como

¹ Digesto 47, 23, 1: *Eam popularem actionem dicimus, quae suum ius Populi tuetur* – Dizemos ação popular aquela que tutela o próprio direito do povo.

idade, enfermos ou gênero. As *acciones populares* podiam ser intentadas por qualquer cidadão, portanto, embora ainda que não tivessem um interesse pessoal direto (BIELSA, 2005, p. 322).

A Idade Média, todavia, “não cultivou as ações populares, flores exóticas nos regimes absolutos, e cuja eficácia somente se compreende - pondera Serrigny - naquelas em que cada cidadão se preocupa pelas coisas públicas como por seus próprios negócios” (CARNEIRO, 1951, p. 41). Somente a partir do Estado Liberal, notadamente no século XIX, que as ações populares ressurgem, na Bélgica (lei comunal de 30 de março de 1836) e na França (lei sobre administração comunal de 1873), hoje, no sistema contencioso francês contemplada pelo “recurso de excesso de poder”², como “verdadeira ação popular” (FAGUNDES, 2005, p. 202).

No sistema legal português a ação popular encontra base nas Ordenações Manuelinas (1521) e Ordenações Filipinas (1603), destinada à conservação ou defesa de bens públicos. Poderia ser intentada por qualquer do povo para a conservação e defesa das coisas (públicas MACHADO, 2004, p. 2). A Constituição Política da Monarquia Portuguesa de 1822 (art. 196) previu que “qualquer cidadão” denunciar crimes praticados por juízes.³

A Constituição de Portugal, de 1976, em seu artigo 52.º, n.3, expressamente preconiza a ação popular, de modo amplo, que pode ser exercida por qualquer cidadão ou por associações, cuja função pode ser preventiva (ação inibitória), repressiva (eliminação de atos administrativos ilegais) e/ou indenizatória (compensatória, repressiva e/ou punitiva). A Lei de Acção⁴ Popular (LAP), Lei n.º 83/95, disciplinou o preceito constitucional tornando a ação popular um instrumento de tutela de interesses gerais da coletividade a nível administrativo, cível e criminal, ao visar a “protecção de interesses difusos, designadamente, saúde pública, os direitos dos

² A independência da jurisdição administrativa na França, em relação à jurisdição comum, faz distinguir recurso administrativo e o recurso contencioso, destacando-se o recurso por excesso de poder e o de plena jurisdição. O primeiro visa à correção da ilegalidade, com a anulação do ato; o segundo pressupõe a violação de um direito subjetivo, tendo em vista a reparação (BRITO, 2010, p. 54).

³ Este controle popular foi alargado pelo Código Administrativo de 1842 em relação ao controle jurisdicional da legalidade dos atos da Administração Pública, em matéria eleitoral (art. 88), e posteriormente abrangeu a todos os atos da Administração Local contrários à lei e ao interesse público; bem como o Código Administrativo de 1878 que inclui este controle para suprir as omissões da Administração local.

⁴ Registra-se que até à revisão constitucional de 1989 o direito de ação popular, consagrado no artigo 52.º desta Constituição, só podia ser exercido a título individual, por qualquer cidadão, alterando-se esta legitimidade após nova redação. A redação original assim dispunha: “É reconhecido a todos o direito de acção popular, nos casos e termos previstos por lei” (artigo 49.º, n.2), além de eliminar, ante a nova redação do art. 52.º, as disposições específicas dos ns. 3 dos artigos 66.º e 78.º, quanto à ação popular para a proteção do meio ambiente e património cultural.

consumidores, a qualidade de vida, a preservação do ambiente e do património cultural” (art. 1.º/2 da LAP).

No sistema legal espanhol, a ação popular, assim como em Portugal, se integrou à tradição histórica por meio da recepção do *ius commune*. Foi contemplada extensamente em *Las Partidas* de Alfonso X, onde se reconhece a acusação exercitada por particular e a acusação exercitada por *extraño*, submetida uma série de exclusões e limites. Posteriormente, destaca-se a Constituição de Cádiz de 1812 (art. 25.2) que também reservou à matéria para delitos de suborno, corrupção e na Constituição republicana de 1931.

No artigo 125 da Constituição da Espanha de 1978 está previsto três direitos do “cidadão” relacionados com as liberdades públicas e com a participação cidadã na Administração da Justiça: Direito de exercer a ação popular, direito de formar parte de um Júri e o direito de integrar Tribunais consuetudinários e tradicionais. Neste contexto a ação popular se enquadra dentro do mais amplo espaço de direito da tutela jurisdicional efetiva do artigo 24 daquela Constituição.⁵

A Constituição da República italiana (1947) também admite no artigo 113 uma tutela jurisdicional dos direitos e dos interesses legítimos perante os órgãos de jurisdição ordinária ou administrativa, contra atos da administração pública. No campo infraconstitucional, de modo geral, pode-se manejar ação popular contra atos da administração pública (BRITO, 2010, p. 50), em matéria penal, civil, administrativa e eleitoral (RAMOS, 1991, p. 138).

Na Alemanha, a Lei Fundamental da Alemanha (art. 19º, n. 4) possibilita o lesado pelo Poder Público impugnar o ato ou omissão deste. Não há uma lei sobre “ação popular”, mas há outros mecanismos de tutela pelo administrado (SOUSA, 2013, p. 93; MANCUSO, 2015, p. 67). Todavia, a Constituição da Baviera de 1946 (art. 98, 4º) há previsão da ação popular (*popularklage*) (MARQUES, 1958, p. 45).

A Constituição peruana de 1993, em seu artigo 200º, estabelece, entre outras ações, a ação popular como ampla garantia de controle perante o Poder Judiciário, por infração da Constituição ou da legalidade. Tal previsão também se encontrava na Constituição de 1979 (art. 295), cujo direito foi introduzido pela Carta Magna de 1933 (art. 231) e somente regulamentado em 1963. Ação popular neste país é considerada uma garantia constitucional plena, a “qualquer pessoa”.

⁵ Todas as pessoas têm direito de obter a tutela efetiva pelo Juízes e Tribunais no exercício de seus direitos e interesses legítimos, sem que, em nenhum caso, possa produzir-se em indefinição.

Na Colômbia, a Lei nº 472 de 1998 disciplinou o artigo 88 da Constituição Política (1991)⁶, que confere às ações populares uma ampla proteção aos direitos e interesse coletivos, relacionados ao patrimônio, ao espaço, à segurança e à saúde pública, à moral administrativa, ao ambiente, à livre concorrência econômica e outros direitos de “similar natureza” definidos em lei. Com redação similar a este art. 88 identifica o art. 138 da Constituição Política do Estado boliviano de 2009.

Nos Estados Unidos, cita-se a *citizen action*, de 1970, em proteção ao meio ambiente, e a *class action*, desde 1938, como instrumento coletivo de acesso à Justiça pela *Federal Rules of Civil Procedure*, Regra nº 23(MANCUSO, 2015, p. 65), cujo objetivo era evitar que demandas com objetos similares se multiplicassem, em evidente prejuízo para a prestação jurisdicional (GRINOVER, 2001, p. 21).⁷

Percebe-se que, independentemente da terminologia utilizada ou a abrangência de tutela, existir uma relação entre a finalidade da *actio popularis* romana e na atualidade no exercício da proteção do interesse público, da coletividade (MEIRELLES, 1997, p. 106), de forma preventiva, repressiva, corretiva (*IDEM*, p. 113) ou reparadora, ante sua “duplicidade de sentido (SEABRA FAGUNDES, 2005, p. 200). O próprio constituinte de 88 já demonstrou a proteção deste bem coletivo, com a disposição do art. 5º, LXXIII.

1.2 Ação Popular e a Lei nº 4.717/65

No direito brasileiro, o histórico da ação popular não muito diferenciou, ao menos normativamente, de outros países e constituições analisadas.

Sob influência do sistema legal português e nos mesmos termos da Constituição Portuguesa de 1822, a Constituição do Império de 1824 previu pela primeira vez a ação popular,

⁶ Além do art. 88, o art. 40 da Constituição Colombiana também dispõe que “todo cidadão” tem direito a participar da conformidade, exercício e controle do poder político, dentre eles, a interposição de ações populares na defesa da Constituição e da lei. Do mesmo modo, garante a todo cidadão ajuizar “ação popular de inconstitucionalidade” (art. 241, n. 1, 4 e 5), cuja previsão remota naquele país desde 1850, cujo preceito também se encontrar nas Constituições venezuelana de 1858 (art. 113, n. 8) e 1999 (art. 334), panamenha de 1941 (art. 188) e el salvadorenha de 1950 (art. 98) (REY, 2003, p. 343). Igualmente se percebe na Constituição austríaca de 1920, sob influência dos ensinamentos de Hans Kelsen (*popularklage*).

⁷ Mesmo havido reforma desta Lei em 1966, apenas da importância da *class action*, há críticas no seu ajuizamento, como salienta Luís Roberto Barroso (1993, p. 237), uma vez que possuem um grau de rejeição grande por parte da doutrina, principalmente pela multiplicidade de problemas processuais que dificultam a sua conclusão, sendo na verdade, “mais um instrumento dos advogados que pressionam e intimidam as empresas a fazerem acordos do que um instrumento de tutela efetiva de direitos.”

permitindo a qualquer um do “povo) (art. 157) denunciar ilícitos praticados por juízes, bem como a “todo cidadão” apresentar reclamações, queixas ou petições perante órgãos públicos, diante de ofensa à Constituição, como um direito de “representação”.

A Constituição da República do Brasil de 1891, por sua vez, não contemplou a ação popular, embora tivesse mantido este direito de representar ou denunciar a “quem quer que seja” (art. 72, § 9º), ante abusos das autoridades e promover a responsabilidade dos culpados.

Ary Guimarães (1957, p. 34) traz neste estudo histórico da ação popular no Brasil, a Lei Estadual da Bahia, nº 1.384, de 24 de maio de 1920 (Lei de Organização dos Municípios da Bahia)⁸ que fez previsão de uma ação popular supletiva, permitindo a “qualquer habitante” do município, em nome e no seu interesse, intentar as ações judiciais competentes, para reivindicar ou reaver quaisquer bens ou direitos que ao Município tenham sido usurpados ou estejam indevidamente possuídos por terceiros.

Ação popular ressurge na Carta Constitucional de 1934, permitindo a “qualquer cidadão” legitimidade para “pleitear a declaração de nulidade ou anulação dos atos lesivos do patrimônio da União, dos Estados ou dos Municípios” (art. 113, n. 38), com uma nítida conotação ao interesse coletivo de proteção ao patrimônio público.⁹

Com o Regime do Estado Novo de Getúlio Vargas, a Constituição de 1937 suprimiu a ação popular, reaparecendo somente na Carta redemocrática de 1946 (art. 141 § 38), na proteção do patrimônio público por “qualquer cidadão” e “uma sensível ampliação de seu objeto” (MANCUSO, 2015, p. 77), o que de igual modo, se estendeu pela previsão na Constituição de 1967 (art. 150, § 31) e a Emenda Constitucional nº 1, de 1969.

Entre o período da previsão constitucional de 1946 até o advento da Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965 surgiram dúvidas sobre a autoaplicabilidade do dispositivo do art. 113, n. 38 (MANCUSO, 2015, p. 76; CARNEIRO, 1951, p. 38), fazendo gerar uma divergência doutrinária e jurisprudencial (VIEIRA, 1967, p. 444-451) respeito da necessidade ou não de regulamentação do direito (o que também encontrava ecos no Congresso Nacional).

⁸ “A terra bahiana foi, assim, na história evolutiva do instituto entre nós, aquela que abraçou, decididamente, e pela vez primeira, a franquia democrática, numa antevisão do pensamento do legislador constituinte de 1934, que consagrou a ação popular na categoria dos direitos e das garantias individuais.” (*Ibidem*).

⁹ Diferenciava-se aqui do “direito de representação” (art. 113, n. 10) (VIEIRA, 1967, p. 444). E acrescenta o autor: “Rigorosamente, só se pode falar em *ação popular* - com as características que a marcam no direito moderno - a partir da Constituição de 34, apesar de não ser nomeada em seu texto, como o fôra, enganosamente, na de 1824” (*ibidem*).

Anteriormente à Lei nº 4.717, houve uma tentativa de regulamentação em 1936 (CARNEIRO, 1951, p. 37). Uma vez fracassada sua aprovação, como bem explica Maria Luisa Costa Magalhães (2011), somente voltou a discussão em 1952, com o Projeto de n. 2.466 do Senador Ferreira de Souza, que se seguida, foi apresentado Substitutivo pelo Deputado Bilac Pinto e do Anteprojeto de Hely Lopes Meirelles (1997, p. 106, nota 2). Mais uma vez paralisado, o projeto voltou a ser discutido em 1965, por iniciativa de revisão e atualização pelo então Ministro da Justiça Milton Campos, a fim de agilizar a tramitação. A redação do texto final do Projeto nº 2.726 de 1965 também teve colaboração de Miguel Seabra Fagundes e resultou da conjugação do Projeto Bilac Pinto (Substitutivo ao Projeto nº 2.466/52) além de outras emendas.¹⁰

A Constituição de 1988 (art. 5º, LXXIII) traz significativa melhoria no instituto da ação popular, quando diferente das anteriores, ampliou o rol de tutela, para incluir além de o patrimônio público, o patrimônio histórico e cultural, a moralidade administrativa e o meio ambiente, optando-se por um critério “analítico e abrangente” (MANCUSO, 2015, p. 78), como também se percebe na Constituição Portuguesa de 1976 alterada pela revisão de 1989. Para Rodolfo Mancuso (2015, p. 59), ainda que reconhecido o contraste entre seu precedente histórico e o atual desenho constitucional, houve uma espécie de “revalidação” do instituto romano, ao tratar sobre “moralidade” administrativa (BIELSA, 2005, p. 37).

A abrangência do objeto a ser protegido pela ação popular atual, reforça a ideia de se trata de “enérgico remédio jurídico-constitucional destinado a precatar” o patrimônio público e os “interesses maiores da comunidade em face de atividades ilícitas exercitadas pelos particulares, em certos e determinados casos, (GUIMARÃES, 1957, p. 126), em proteção a direitos difusos (BRITO, 2010, p. 35; ALMEIDA, 2007, p. 333).

II – O CIDADÃO E A AÇÃO POPULAR – EXERCÍCIO DA CIDADANIA

O conceito de cidadania e gozo de direitos restam atrelados à ideia de participação, e consequentemente, de controle social e democracia.

¹⁰ A tramitação e os textos estão disponível na Câmara os Deputados, pelo link <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1960-1969/lei-4717-29-junho-1965-377818-norma-pl.html>

A cidadania participativa traduz-se em lema de um Estado Democrático contemporâneo, e deve ser entendida como ferramenta fundamental na formação de processo de tomada de decisão, independentemente do modelo político ou econômico adotado pela sociedade.

A Constituição de 88, por sua vez, introduziu diversos instrumentos de participação direta do cidadão, dentre eles a ação popular.

Revisar um conceito normativo-jurídico de cidadão para uma interpretação constitucional nada mais é que ampliar uma maior efetividade ao direito subjetivo público, em prol da coletividade e exercício da cidadania.

2.1 A cidadania no contexto democrático

Lexicalmente, cidadão como um adjetivo serve para designar aquele pertencente ou relativo à cidade ou aos cidadãos. Cidadão, então, pode ser considerado aquela pessoa que é habitante ou oriunda de uma cidade. A palavra, neste sentido, deriva do latim *civitas*, *civitātis*, que significa “cidade” e se compõe com o sufixo “ão”, que indica pertença ou procedência ou procedência.

Como substantivo, cidadão é uma palavra que se emprega para designar a pessoa que nasceu em um lugar (por isso, aqueles que defendem a sua aproximação ou equivalência à nacionalidade), e que, em virtude disso, é membro de uma comunidade organizada. Neste sentido, um cidadão é parte de um Estado, portanto, titular de direitos e deveres.¹¹ O conjunto destes direitos e deveres constituiria a cidadania.

Historicamente, a ideia de cidadania remota da Grécia clássica, constituindo como elemento básico e originário da própria noção de política, vista na concepção aristotélica de homem como “animal político”. Ou seja, relacionava-se a própria noção de humanidade e pertença à *polis*.

A ideia romana de cidadania tem referencia a um estatus integrado por um núcleo compacto e indismembrável de direitos e deveres que definiam a posição das pessoas livres da República (LUÑO, 2003, p. 24/25). A ideia de cidadania se relacionada a própria *civitas*, a

¹¹ Neste particular, o Conselho Europeu considera como cidadão toda pessoa que, basicamente, coexiste em uma sociedade. Por sua vez, a União Europeia (UE), pelo Tratado de Maastricht (art. 8º) institui um novo conceito de cidadania, atribuindo-se a qualquer pessoa que tenha a nacionalidade de um Estado-membro certos direitos europeus específicos. Os cidadãos da UE mantêm um vínculo direto com o respectivo Estado, completado por um conjunto de direitos e deveres que traduzem a sua participação numa comunidade política emergente.

própria noção de civilidade, de vida cívica. Pela análise sistemática, a Revolução Francesa ajuda a fazer esta análise, quando introduz a qualidade do cidadão como o centro de imputação de conjunto de direitos e liberdades que correspondem aos membros de um Estado de direito. Cidadania, direitos fundamentais e Estado de Direito não são apenas categorias jurídico-políticas que emergem num mesmo clima histórico, são realidades que se condicionam e implicam-se mutuamente (LUÑO, 2003, p. 26/27).

O conceito moderno de cidadania, sem dúvida, tem suas raízes na ideologia liberal-democrática e na concepção de Estado de Direito do século XIX. Os direitos do homem e “do cidadão” da Declaração revolucionária francesa de 1789 tem como origem a liberdade política de participar nas funções públicas e no exercício do poder do Estado, dentro dos limites de uma ordem legal estabelecida por uma Constituição.

O conceito de cidadania atual tornou-se bem mais amplo que as ideias romano-helênicas – com várias condicionantes para sua qualificação e seu exercício -, consubstanciando-se hoje não apenas os direitos civis, políticos e sociais, como também o direito da participação cívica. Direitos e deveres, portanto, são dimensões desta cidadania, constituindo-a, o que também significa preconizar que a eles não se restringem. Se por um lado todos são iguais perante a lei, possuindo todos direitos e deveres, por outro esta mesma igualdade compatibilizará estes direitos e deveres perante cada indivíduo, dentro de suas desigualdades.

Antonio-Enrique Pérez Luño (2003, p. 17 e 26-27), a exemplo, traça as várias noções sobre o conceito de cidadania, cujo objeto avança em algumas reflexões, utilizando usos linguísticos da expressão “cidadania”¹², relacionando-os com a “crise da cidadania nas

¹² Luño esboça, definições léxicas sobre o termo cidadania: descritivo/prescritivo; teórico/pragmático; natural/político; global/local; universal/particular e unilateral/multilateral. Pelo sentido *descritivo*, com base na teoria jurídica juspublicista, a cidadania se traduz em um conjunto de normas que regulam o status jurídico-político dos cidadãos, vista como um direito positivo estatal, a partir de análise do ordenamento jurídico. No sentido prescritivo, a cidadania possui um significado “deontológico y contrafáctico de un modelo ideal de estatus que debiera reconocerse a los miembros de la sociedad política” (2003, p. 19). Pelo uso teórico, a cidadania constitui conceito multidisciplinar, e pelo uso pragmático, é vista como uma bandeira de lutas reivindicatória por determinadas liberdades ou situações jurídico-políticas. Na visão comunitarista se extrai o conceito natural de cidadania, como um “factor innato y necesario que determina la inserción del individuo en el grupo étnico y/o cultural al que pertenece” (2003, p. 20), como vínculo originário e necessário de ligação entre o indivíduo e sua sociedade; enquanto o conceito político surge da relação contratual e “la adscripción libre de las personas con la sociedad” (*ibidem*). Pelo sentido global, a cidadania é considerada como um conjunto de todos os direitos fundamentais, cuja noção é influenciada por Thomas Marshall, já o sentido local, tem uma significação mais limitada, como um “vínculo de pertenencia a una determinada organización política y a los derechos de participación democrática que de tal condición se derivan”, baseado em Georg Jellinek. O sentido universal de cidadania estaria ligado a noção de *universalis civitas*, no status *mundialis hominis*, com aceção universalista e cosmopolita, no plano filosófico-jurídico (Martha Nussbaum) e no plano jurídico (Peter Häberle, Fernandez Garcia, Perez Luño e Llano Afonso). O sentido particular estaria voltado

sociedades democráticas”¹³ e ter como marco de referência a “participação democrática nos processos jurídicos e políticos dos Estados de Direito”. Isso porque cidadania, direitos fundamentais e Estado de Direito surgem num mesmo clima histórico e devem ser considerados realidades que se condicionam e se implicam mutuamente. O Estado de Direito é a forma política mas que se submete ao império da legalidade e à garantia dos direitos do cidadão (SILVA, 2005, p. 112). Já os direitos fundamentais constituem o fundamento da legitimidade do Estado de Direito e no conteúdo da cidadania. Esta, por sua vez, é considerada como a participação política no Estado de Direito, por meio do exercício dos direitos fundamentais.

Thomas H. Marshall (1967, p. 32) advoga uma ampliação do conceito de cidadania, vista como status de membro de pleno direito de uma comunidade e não apenas limitada à titularidade de direitos políticos. Além do plano individual, o conceito abrange uma dimensão social, o que faz incluir o gozo de direitos e garantias sociais, econômicas e culturais. Significa dizer que Marshall tende a realizar um conceito global de cidadania “como centro de imputação de todos os direitos e deveres do sujeito de uma comunidade política, não supõe nenhuma inovação”, abrindo um amplo debate de revisão e de crítica à noção liberal de cidadania.¹⁴

Para José Murilo Carvalho (2001, p. 9), a cidadania se desdobra em direitos civis, que garantem a vida em sociedade e se baseiam numa justiça social; em direitos políticos, que se referem à participação do cidadão no governo da sociedade, e em direitos sociais que garantem a participação da riqueza coletiva. Assim, cidadão pleno seria aquele titular desses 3 direitos: civis, políticos e sociais. E ao entender que o “fenômeno da cidadania é complexo e historicamente definido” (CARVALHO, 2001, p. 9), aduz que o exercício de certos direitos não garante automaticamente o gozo de outros. Nota-se que Carvalho segue os ensinamentos clássicos de

para uma idéia de o cidadão pertencer a um Estado, com conotação mais na esfera local e entre as relações entre cidade e cidadão (Rivero). Conclui o autor que um desses sentidos não exclui o outro, o que podem ter acepções diferentes e concomitantes (2003, p. 21/22).

¹³ A crise do conceito de cidadania passam pela titularidade e pelo conteúdo, como seus elementos constitutivos. Sobre o conteúdo da cidadania, ele deve ser visto como a participação política e cultural cívica na sociedade, e a “cidadania social” deve ser vista como uma nova modalidade de “ejercicio de los derechos políticos en el seno de un nuevo modelo de Estado de Derecho, pero no como una ampliación de su objeto”, até porque, a globalização e as novas tecnologias “inciden directamente en las formas de ser ciudadano en las sociedades democráticas del presente” (LUÑO, 2003, p. 48-49).

¹⁴ Atribui-se à T. H. Marshall (1967, p. 78-79) o primeiro a estabelecer uma distinção sociológica entre as cidadanias civil, política e social ao tempo em que defendeu uma interdependência necessária entre elas. A cidadania civil seria aquela constituída pelos direitos necessários ao exercício da liberdade individual, como liberdade de ir e vir e liberdade de contratar, ou pelo direito de possuir propriedades, e deve ser garantida pela norma. A cidadania política consiste no direito de participar do poder político tanto diretamente, pelo governo, quanto indiretamente, pelo voto. Já a cidadania social consiste no conjunto de direitos e obrigações que possibilita a participação igualitária de todos os membros de uma comunidade nos seus padrões básicos de vida.

Marshall (1967, p. 76) ao definir cidadania como “um *status* concedido àqueles que são membros integrais de uma comunidade”, no qual “todos [...] são iguais com respeito aos direitos e obrigações.” Assim, a cidadania não seria composta apenas pelo exercício dos direitos civis e políticos – direitos de primeira geração –, como também dos direitos sociais – direitos de segunda geração, e demais direitos.

A CF ao estabelecer como fundamento da República a cidadania (art. 1º, inciso II), por certo que não quis se restringir ao conceito estrito jurídico de cidadania em relação ao exercício da nacionalidade ou dos direitos políticos (votar e ser votado e suas consequências). Portanto, o conceito constitucional do titular e detentor da cidadania é amplo.

2.2 A legitimidade ativa da ação popular: de um conceito normativo para um constitucional

Em geral, percebe-se que, historicamente ou no mundo moderno, o autor da ação popular “não necessita invocar a lesão de um direito subjetivo, nem de um interesse legítimo, embora para ele essa lesão exista”. A qualidade de cidadão, sem interdições, é suficiente para assumir a defesa da legalidade, no exercício de um direito subjetivo para exercer a ação (BIELSA, 2005, p. 320).

A discussão adentra a quem conferir esta “qualidade” de cidadão. Numa visão constitucional brasileira, como já visto, a Constituição de 1824 adotou a terminologia “qualquer do povo”, para a Carta republicana de 1891 utilizar o termo “quem quer que seja”, e as demais Constituições, a partir de 34, adotar a legitimidade para a ação popular a “qualquer cidadão”.

Depreende-se que, se pelas Constituições de 1824 e 1891, cidadão era interpretado como nacional, como entendimento quase uníssono¹⁵ (PACHECO, 1991, p. 391) com a Constituição de 34 cidadão passou a estar relacionado ao pleno gozo dos direitos políticos. Comentando a Carta de 46, R. A. Amaral Vieira (1967, p. 454), embora mantenha o entendimento de se tratar a ação popular de um direito subjetivo¹⁶, escreve que “o texto constitucional, todavia, não permite controvérsia quanto ao titular dêsse direito: qualquer do povo, ou o cidadão. O direito do art. 150, § 31 é um direito público subjetivo da categoria dos direitos políticos.

¹⁵ Dentre os doutrinadores: Teixeira de Freitas, José Barbalho, Carlos Maximiliano, Eduardo Espínola, Ruy Barbosa e Pontes de Miranda.

¹⁶ Assim trata a doutrina sobre a ação popular: BIELSA, 2005; MARQUES, 1958; MONTE ALEGRE, 1992.

Havia uma identificação com o conceito liberal de cidadania com o Estado Nacional (LUÑO, 2003, p. 38), daí a interrelação entre cidadania e nacionalidade.

Com a Escola Alemã de Direito Público, em particular, nos ensinamentos de Georg Jellinek, houve uma contribuição decisiva para distinguir cidadania no sentido genérico (*status civitatis*), que compreende o conjunto de direitos públicos subjetivos dos cidadãos, e o sentido estrito de cidadania (*status activae civitatis*), que tem imediata referência aos direitos políticos (LUÑO, 2003, p. 29).¹⁷

Percebe-se a influência deste pensamento quando traduzido no art. 1º, §3º¹⁸ da Lei de Ação Popular (Lei n. 4.717/65), que se acabara de juntar ao entendimento doutrinário-jurisprudencial (CAMPOS FILHO, 1968, p. 117), ao definir “cidadão” como aquele que se encontra em pleno exercício no gozo dos direitos políticos¹⁹. O vocábulo cidadão, adotado pelo constituinte, está aí empregado, todavia, no seu sentido eminentemente jurídico (GUIMARÃES, 1957, 69).²⁰ O cidadão traduz-se na “qualidade de eleitor” (MEIRELES, 1997, p. 108), ou aquele que não apresente pendências no que concerne às obrigações cívicas, militares e eleitorais que, por lei, sejam exigidas (MENDES & BRANCO, 2015, p. 452).

A restrição normativa-jurídica de entender o cidadão como aquele que pode votar e ser votado, também é um entendimento que se mantém, pós ordem constitucional de 88 – se com base na referida lei ou mesmo quanto a defesa da legitimação para propositura da ação popular, como se verifica em José Afonso da Silva (2005, p. 346), Fagundes (2005, p. 218), José Frederico Marques (1949, p. 845), Manoel Gonçalves Ferreira Filho (1986, p. 93), Celso Ribeiro Bastos (2001, p. 254), Graça Belov (2000, p. 54), Luiz Manoel Gomes Júnior (2004, p. 213),

¹⁷ Nota-se a diferenciação acolhida na Constituição Francesa de 1791 entre *cidadãos passivos* e *cidadão ativos*, estes relacionados aos direitos políticos (FAGUNDES, 2005, p. 217-218).

¹⁸ 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, 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. [...]

§ 3º A prova da cidadania, para ingresso em juízo, será feita com o título eleitoral, ou com documento que a ele corresponda.

¹⁹ Para Maria Magalhães (2011), há uma estreita relação entre a Lei de Ação Popular e o Ato Institucional de 1964. E afirma que: “Longe de ter-se inspirado em um ideal democrático, a ação popular no Brasil veio reforçar um regime de força, ditatorial. Para tanto, as concepções doutrinárias erigidas naquele momento, que limitavam o sentido de cidadania e, consequentemente, de cidadão, foram de crucial importância para o fortalecimento de sua natureza autoritária. Isto porque, mais tarde, influenciariam os Tribunais.”

²⁰ José da Silva Pacheco (1991, p. 396) defende o conceito de cidadão como o nacional nato ou naturalizado.

Paulo Barbosa Campos Filho (1968, p. 144-145), Elival Ramos (1991, p. 144), Carlos Machado (2004, p. 6), Rodolfo Mancuso (2015, p. 181)²¹ e Uadi Bulos (2014, p. 512).²² Trata-se de uma legitimidade restrita e condicionada (CARVALHO FLHO, 2014, p. 1091).²³

Fernando de Azevedo Brito (2007, p. 113/114) traz ainda uma gama de jurisprudência atual, de Tribunais estaduais e federal, que mantém este entendimento restrito de cidadão.

Nesta interpretação normativa legal, e que não podem exercer o direito de ação popular, por se encontrarem fora nesta qualidade de cidadão, o Código Eleitoral (Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965) indicou serem inalistáveis como eleitores, os analfabetos, os que não saibam exprimir-se na língua nacional e os que estejam privados, temporária ou definitivamente dos direitos políticos (art. 5º), o que foi alterado pela Constituição de 88: a inalistabilidade só restou para os estrangeiros e os conscritos, durante o período do serviço militar obrigatório (art. 14, § 2º). Aos analfabetos restou a facultatividade de alistamento (art. 14, § 1º, II, “a”) e inelegibilidade para aquelas com restrição ao exercício dos direitos políticos (art. 14, §3º).

Retirar dos analfabetos que não se encontram alistados ou aos presos a “qualidade de cidadão” é negar-lhes a própria condição de “brasileiro”, o que também faria excluir a fruição de direitos e o exercício da cidadania participativa. Também estaria de fora deste conceito a pessoa jurídica.²⁴

Percebe-se que o próprio Jellinek, citado por Frederico Marques, entendeu que a ação popular por ser um direito subjetivo poderia ser exercido por associações cívicas ou instituições (CAMPOS FILHO, 1968, p. 116).²⁵

Não pode existir uma restrição legal à fruição ao exercício de um remédio constitucional,²⁶ quando a legitimidade ativa para outras ações constitucionais é ampla a “qualquer pessoa” física ou jurídica, nacional ou estrangeira: *habeas corpus* (art. 647, Código de

²¹ Embora contra a ampliação do conceito, entende o autor que, por se tratar de um direito difuso da ação popular, a tutela já se pode ser realizada pelo Ministério Público, que tem legitimidade ampla em tais direitos, como já decidiu o Superior Tribunal de Justiça.

²² Embora afirme este que a cidadania é, ao mesmo tempo, um *status* para o cidadão e um direito fundamental.

²³ Cita-se ainda constitucionalistas como Guilherme Peña de Moraes (2013, p. 723), Ingo Wolfgang Sarlet (2013, p. 783), Fernando Bernardo Gonçalves (2011, p. 2011), Paulo Roberto de Figueiredo Dantas (2015, p. 507) e Alexandre de Moraes (2001, p. 191).

²⁴ Neste sentido, tem a Súmula 365 do STF, o qual a “Pessoa jurídica não tem legitimidade para propor ação popular”. Registra-se que a aprovação desta súmula deu-se em 13/12/1963, antes da Lei de Ação Popular e da CF.

²⁵ Lúcia Valle Figueiredo (2003, p. 412) critica também este conceito restrito, de defende, *de lege ferenda*, para ampliar esta legitimidade para associações de classe, OAB e estrangeiros.

²⁶ José Afonso da Silva (1968, p. 83) atribui à ação popular natureza de *remedium iuris*, dentre os constitucionais, pelos quais as pessoas defendem direitos fundamentais, democráticos e outros.

Processo Penal), mandado de segurança (art. 1º, Lei nº 12.016/2009), *habeas data* – art. 7º, Lei nº 9.507/1997 (em que pese ser este personalíssimo), além do mandado de injunção (art. 5º, LXXI, CF).

Nota-se, ainda, que o próprio “direito de representação” que se encontrava em constituições anteriores, restou mantido na CF/88, como “qualquer pessoa” pode representar junto ao Tribunal de Contas de União (art. 74) (MONTE ALEGRE, 1992, p. 192).

Ora, na linha do pensamento constitucional participativo de 88, houve uma ampliação ou mesmo manutenção quanto à legitimidade ativa para propositura e impetrações de remédios constitucionais. Tratamento distinta à ação popular é diferenciá-la quanto à finalidade e garantia dos demais remédios constitucionais.

No direito comparado, também se percebe a concessão de legitimidade ativa ampla quando se tratar de mecanismos de proteção da coletividade.

A Lei n.º 83/95 portuguesa, que regulamenta a ação popular, confere legitimidade processual ativa a qualquer cidadão no gozo dos seus direitos civis e políticos, às associações e fundações defensoras dos interesses acima referidos, independentemente de terem ou não interesse direto na demanda (art. 2.º/1 da LAP), às autarquias locais em relação aos interesses de que sejam titulares residentes na área da respectiva circunscrição (art. 2.º/2 da LAP) e ao Ministério Público (art. 16.º da LAP: representa o Estado, os ausentes, os menores e demais incapazes e outras pessoas coletivas pública, quando seja autorizado por lei).

Na Espanha, ainda que a previsão de ação popular esteja circunscrita ao processo penal, a Ley de Enjuiciamiento Criminal prevê a legitimidade ativa para “os cidadãos espanhóis” e Ministério Fiscal (arts. 101 e 270, LECrim). Resta excluída a ação popular para os cidadãos estrangeiros, que só podem ingressar no processo quando estiverem na condição de ofendido. Contudo, segundo o STC 53/1983, a expressão “cidadão espanhol” deve ser entendida tanto as pessoas físicas tanto as pessoas jurídicas, com no art. 24.1 da Constituição espanhola. Este entendimento foi mantido pela SSTC 241/1992, de 21 de dezembro e 34/1994, de 31 de janeiro. Ressalta-se que não houve pela LECrim nenhuma limitação ao exercício do direito ante o pleno gozo dos direitos políticos.

Por previsão constitucional (art. 139, II), na Bolívia a ação popular pode ser ajuizada por qualquer pessoa, a título individual ou como representante de uma coletividade e, com caráter obrigatório o Ministerio Público e o Defensor do Povo, quando do exercício de suas funções

tenha conhecimento os atos ilegais ou abusivos. Esta legitimidade ativa ampla para a ação popular para “qualquer pessoa” também se estende para proteção ao meio ambiente (art. 34). De igual sorte, no Equador, em matéria ambiental, a Constituição (art. 297) que qualquer pessoa, natural ou jurídica, coletividade ou grupo humano, possa promover “ações legais” na tutela efetiva do meio ambiente.

Na Colômbia, o art. 12 da Lei nº 472 de 1998 conferiu uma maior amplitude possível sobre a legitimidade ativa, quando estabeleceu a outorga da ação popular a toda pessoa natural ou jurídica, para. Neste sentido, a Corte Constitucional de Colômbia prolatou a sentença T-449/93 que afirmar ser uma ação de tutela que qualquer pessoa pertencente a um grupo da comunidade está legitimado para defender ao grupo afetado por fatos ou condutas comuns que simplesmente protege seu próprio interesse.²⁷

Verifica-se que há uma tendência normativa mundial, não apenas em ampliar o conceito de cidadania, como também conferir uma maior legitimidade nas ações populares.

Aduz Fernando de Azevedo Brito (2007, p. 74 e 77) que a Comissão de Sistematização do projeto da Constituição aprovou em 1987 a expressão “qualquer do povo” para legitimidade da ação popular em matéria ambiental. A redação do atual art. 5º, LXXIII da CF “surtiu após um consenso entre os partidos políticos presentes da Assembleia Constituinte, que formavam o chamado ‘Centrão’”.

O que se verifica é que a Lei de Ação Popular optou por um conceito estrito de cidadania, quando a Constituição Cidadã o ampliou.

Assim, encontram-se também na doutrina pátria vozes que criticam esta posição restritiva da Lei de Ação Popular, que entender como cidadão para propositura do remédio constitucional, como o eleitor, aquele que pode votar e ser votado, é uma ideia “não só indevida e insuficiente, como também asfixiante” (BRITO, 2007, p. 97).

²⁷ A Corte Constitucional colombiana definiu cidadão para fins de “ação popular de inconstitucionalidade” (art. 241, n. 1, 4 e 5), as “pessoas naturais nacionais que gozam de cidadania”, sem existir nenhuma classe de cidadãos que não goze deste direito político, excluindo-se somente a pessoa jurídica (Sentença C-003 de 1993), embora posteriormente tenha decidido negar a legitimidade ativa ao cidadão que teve “pena de interdição de direitos e funções públicas” (Sentença C-536 de 1998) (REY, 2008, p. 347/348). Na Venezuela, a Sala Constitucional do Tribunal Supremo entendeu, por sua vez, que cidadão para fins de legitimidade para ação popular de inconstitucionalidade é “toda pessoa, natural ou jurídica, e que não requer maiores exigências o exercício desta legitimação (Sentença nº 3125 de 20 de outubro de 2005 - Caso: Francesco Casella Gallucci e Alice Juliette García Guevara).

Além disso, há uma necessidade em revisar este conceito normativo-jurídico de cidadão, uma vez que o objeto da previsão constitucional é mais abrangente que o referido pela Lei nº 4.17/65 (AGUIAR, 1994, p. 85).

“Mais democrática teria sido a manutenção do texto eleito pela Constituição Imperial de 1824” (VIEIRA, 1967, p. 445 e 456), e mais, que o autor da ação popular é o cidadão “não cabem dúvidas, face à clareza do texto constitucional. Não se justifica, porém, o § 3º do art. 1º da lei regulamentar, restringindo um direito que só poderia estender”. Tal restrição faz “relegar à marginalidade todos os demais brasileiros, cidadãos que são, caso permanecesse intacta a regra do art. 1º, § 3º, da Lei 4.717/65 (SILVA, F., 2008, p. 142).

Gregório Assagra de Almeida (2007, p. 367), neste sentido, lecionada que “se a Constituição não estabelece qualquer restrição à concepção de cidadão, e a ação popular é garantia constitucional fundamental, não é compatível, na espécie, qualquer interpretação restritiva”, logo, conclui o autor que o referido dispositivo legal não foi recepcionado pela CF/88, e que o conceito de cidadão deve ser extraído segundo o princípio da dignidade de pessoa humana.

CONCLUSÃO

Ação popular deve ser entendida como toda ação mediante a qual o Estado outorga a qualquer pessoa ou cidadão independente de sua condição social ou jurídica para tutelar perante o Poder Judiciário proteção a direitos considerados vulneráveis, de interesse público, da coletividade ou direitos difusos.

A legitimação como condição especial ou qualificada de um sujeito, que o faculta a ser parte dentro de um processo administrativo ou judicial, deriva de esquema tradicional de titularidade de um direito subjetivo ou ao menos de um interesse legítimo lesionado, vulnerável, ameaçado ou atacado.

Ação popular está prevista no art. 5º, LXXIII da CF, como direito fundamental, e encontra-se regulamentada pela Lei nº 4.717, de 1965, que restringe o conceito de “cidadão” ao “eleitor” ou aquele que estiver em pleno exercício dos direitos políticos para configurar no pólo ativo da ação não definido constitucionalmente.

Ocorre que esta restrição normativa-jurídica, em que pese ser majoritariamente defendida pela doutrina e jurisprudência pátrias, deve ser reanalisada à luz da CF.

Ainda que a Constituição de 88 não tenha trazido definição expressa de cidadania ou cidadão, distingue este do eleitor, afastando-se restrita relação entre cidadão e pleno gozo dos direitos políticos. De igual forma, a própria constituição federal sempre indica que a cidadania está atrelada a um conjunto de direitos. Sob uma perspectiva constitucional, a cidadania deve ser vista como o exercício de participação ativa no estado pelo cidadão, consubstanciada por um conjunto de direitos subjetivos à ela inerente. Portanto, o conceito de cidadão deve ser interpretado de forma ampla.

Conclui-se que a restrição da fruição do direito subjetivo de ajuizamento da ação popular não pode ser restringido por lei, quando a própria constituição assim não vez.

Restringir o conceito de cidadão ao exercício pleno dos direitos políticos, para fins de legitimidade ativa na ação popular está em contramão ao direito comparado e à Constituição Cidadã.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Manual das ações constitucionais**. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2007.
- AMARAL VIEIRA, R. A. Ação Popular. **Revista de Direito Administrativo**, nº 89/443-461, Rio de Janeiro, jul./set. 1967.
- BARROSO, Luís Roberto. **Ação popular e ação civil pública. Aspectos comuns e distintivos**. Revista dos Tribunais. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, n. 04, 1993.
- BIELSA, Rafael. A ação popular e o poder discricionário da administração (RDA n. 38). **Revista forense comemorativa - 100 anos**, v. I. pp. 315-347. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- BELOV, Graça. **Diálogos com a cidadania**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- BRITO, Fernando de Azevedo. **Ação Popular Ambiental**. São Paulo: Nelpa, 2007.
- BRITO, Lúcio Eduardo de. **A ação popular como instrumento de invalidação da sentença lesiva ao patrimônio público**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2010.
- CAMPOS FILHO, Paulo Barbosa de. **Da ação popular constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1968.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 28 ed. rev., amp e atual., São Paulo: Atlas, 2014.

CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil. O longo Caminho**. 3 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. **Curso de Direito Constitucional**. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2015.

FAGUNDES, Miguel Seabra. Da ação popular. **Revista forense comemorativa - 100 anos**, v. I. pp. 199-219. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 6. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Da class action for damages à ação de classe brasileira. In: Milaré, Edis (org.) **Ação civil pública – 15 anos**. São Paulo: RT, 2001.

GUIMARÃES, Ary Florêncio. **Aspectos da ação popular de natureza civil**. Dissertação à livre docência da Cadeira de Direito Judiciário Civil, da Faculdade de Direito da Universidade do Paraná, s/d. e sem indicação de editor, pp. 137, 1957.

GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel, **Ação popular - Aspectos polêmicos**. 2 ed., Rio de Janeiro: Forense, 2004.

LUÑO, Antonio-Enrique Pérez. **Cibeciudadanía@ o Ciudadaní@.com?**. Barcelona: Gedisa Editorial, 2004.

MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. Ação Popular Constitucional. **Revista Brasileira de Direito Público RBDP**. Belo Horizonte, n.4, ano 2, Jan/Mar 2004. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=12551>>. Acesso em: 8 abr. 2016.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação Popular**. 8 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MAGALHÃES, Maria Luisa Costa. **Cidadania e ação popular no Brasil: Uma crítica à concepção autoritária de cidadania no tratamento da legitimação para a propositura da ação popular**. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIV, n. 93, out 2011. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10571>. Acesso 02 abr. 2016.

MARQUES, José Frederico. Sentença em ação popular. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 38, v. 181, p. 826-845, set. 1949.

_____. As acções populares no direito brasileiro. **Revista Forense**, vol. 177, ano 55, 1958.

MARSHALL, T.H. **Cidadania, Classe Social e Status**. Rio de Janeiro. Zahar Editores, 1967.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção e habeas data**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO. Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

MONTE ALEGRE, José Sérgio. Ação popular: é mesmo direito político que se trata? **Boletim de Direito Administrativo**, São Paulo, n. 7, p. 412-420, jul. 1992.

MORAES, Alexandre. **Direitos Humanos Fundamentais**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2001.

MORAES, Guilherme Peña. **Curso de Direito Constitucional**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2013.

PACHECO, José da Silva. **Mandado de segurança e outras ações constitucionais típicas**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

RAMOS, Elival da Silva. **A ação popular como instrumento de participação política**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

REY, Ernesto. **Acción popular de inconstitucionalidade**. Estudios Constitucionales, vol. 1, núm. 1, 2003, pp. 343-355. Centro de Estudios Constitucionales de Chile. Santiago. Disponível em: <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=82010115>>.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: RT, 2013.

SILVA, Flávia Regina Ribeiro da. **Ação Popular Ambiental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

SOUSA, Antônio Francisco de. A Ação Popular no Direito Alemão. In: **Ação Popular**. FRANCISCO, José Carlos; MESSA, Ana Flávia (Coord.). São Paulo: Saraiva, 2013.

TELLES, José Homem Corrêa. **Ação Popular Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.