

SUBSEÇÃO II – DIREITO PROCESSUAL COLETIVO

1. ARTIGOS

O MINISTÉRIO PÚBLICO E A TUTELA JURISDICIONAL COLETIVA DOS DIREITOS DOS IDOSOS – ALGUMAS IMPRESSÕES

ROBSON RENAULT GODINHO

Promotor de Justiça no Estado do Rio de Janeiro

Mestre em Processo Civil – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. A Legitimidade do Ministério Público nas Ações Coletivas: doutrina e jurisprudência. 2.1. Panorama Doutrinário. 2.2. Panorama Jurisprudencial. 3. A Defesa Coletiva dos Direitos dos Idosos pelo Ministério Público. 3.1. A Questão Previdenciária. 4. Ministério Público e Sucumbência. 5. Atribuição e Competência. 6. Considerações Finais: o Ministério Público, a tutela coletiva de direitos e o acesso à Justiça. 7. Bibliografia.

1. Introdução

Ao concluir um de seus textos sobre a tutela jurisdicional coletiva, Moreira (1977, p. 220) notava a ausência de estudos sistemáticos acerca do tema e apontava a necessidade de uma maior preocupação teórica com o processo coletivo, ao afirmar que nessa matéria “[...] o legislador se antecipou às preocupações científicas”. Após a edição da Lei da Ação Civil Pública, o desenvolvimento do estudo da tutela jurisdicional coletiva, embora ainda possa ser considerado incipiente, já revela indiscutíveis progressos científicos, especialmente no Brasil¹. Vivemos um momento histórico, entretanto, em que não é exagerado afirmar que, caso não haja sérias reflexões acerca da tutela jurisdicional coletiva, boa parcela dos avanços conquistados até o momento sofrerá retrocesso legislativo, jurisprudencial e científico, acabando por confinar tão importantes institutos a reduzido espaço. Se observarmos bem, hoje a situação se inverteu e o legislador e a jurisprudência estão se antecipando às preocupações e avanços científicos, mas nem sempre com o objetivo de apresentar soluções úteis e eficazes para a realização dos direitos transindividuais, mas, sim, para provocar um indesejável retrocesso, subvertendo a lógica da afirmação de Moreira citada no início deste item.

A edição do Estatuto do Idoso, no que se refere ao processo coletivo, possui maior importância simbólica do que técnica, já que são poucas as inovações processuais

¹ Gidi (2003, p. 152) chega a afirmar que “[...] a Europa não pode ser ponto de referência para o Brasil em termos de processo coletivo. Ao contrário, somos nós, brasileiros, quem devemos dar essa lição para todo o mundo da civil law. Ao menos na área de direito processual coletivo, nós somos o ponto de referência para a doutrina e o legislador europeus”.

veiculadas, mas é imensa sua eficácia para a tutela dos direitos, seja para incrementar a atuação do Ministério Público, cuja legitimidade para a matéria decorre diretamente da Constituição, seja para conscientizar os idosos dos seus direitos e do papel do Ministério Público na sua tutela.

Nesse singelo trabalho, procuraremos contribuir, ainda que confinados em nossas limitações, para que o Ministério Público atue cada vez mais em benefício dos idosos, que ainda recebem uma inacreditável indiferença social, como se não nos déssemos conta de que só não envelhecerá aquele que morrer antes.

Aí está justamente porque escrevo este livro: para quebrar a conspiração do silêncio. A sociedade de consumo, observa Marcuse, substituiu a consciência infeliz por uma consciência feliz e reprova qualquer sentimento de culpa. É preciso perturbar sua tranquilidade. Com relação às pessoas idosas, essa sociedade não é apenas culpada, mas criminosa. Abrigada por trás dos mitos da expansão e da abundância, trata os velhos como párias. (BEAUVOIR, 1990, p. 9).

2. A Legitimidade do Ministério Público nas Ações Coletivas: doutrina e jurisprudência

Podemos dizer, sem exagero, que o exercício da tutela coletiva pelo Ministério Público é hoje a face mais visível de sua disciplina constitucional, tendo provocado uma verdadeira revitalização institucional. Ao lado desse incremento de atribuições, houve – e há – forte posicionamento que visa a limitar o amplo espectro de atuação do Ministério Público, especialmente no que se refere à tutela dos direitos individuais homogêneos, geralmente sob o argumento de que se pretende salvaguardar a sociedade da sanha abusiva de Promotores de Justiça e de que sua atuação em matéria de direitos individuais homogêneos é bastante restrita. A defesa dos direitos individuais homogêneos, pois, tornou-se campo próprio para a proliferação dessas idéias restritivas² e sobre esse tema nos dedicaremos com mais vagar.

² É oportuno mencionar uma nova objeção à atuação do Ministério Público na tutela de direitos transindividuais: atuando como parte em ação cível, o Ministério Público sempre deverá estar representado por advogado, em razão de a Constituição só haver-lhe conferido capacidade postulatória em matéria penal, vedando-lhe o exercício da advocacia. Falta ao Ministério Público, portanto, de acordo com o referido autor, capacidade postulatória para ajuizar qualquer ação coletiva, devendo contratar advogado, que teria a exclusividade absoluta sobre o *jus postulandi* (PAULA, 2001). Esse posicionamento é flagrantemente equivocado, parecendo até ser fruto de uma má-vontade com a atuação do Ministério Público, antes de se constituir em uma consistente posição acadêmica. Felizmente, não temos conhecimento de qualquer adesão a esse entendimento. Para afastar essa idéia da falta de capacidade postulatória, bastaria mencionar o disposto no art. 81 do CPC. Entretanto, a própria Constituição confere capacidade postulatória ao Ministério Público para o ajuizamento de ações coletivas no art. 127, ao incumbir-lhe a *defesa* dos interesses sociais e individuais indisponíveis, estando incluída a possibilidade de ajuizamento de ações judiciais, e no art. 129, III, em que se lê que cabe ao Ministério Público *promover* a Ação Civil Pública, devendo ser notado que no inciso primeiro do mesmo artigo utiliza-se o mesmo verbo para a ação penal; a vedação constitucional ao exercício da advocacia evidentemente não significa que o membro do Ministério Público não possa ajuizar ações de sua atribuição, devendo haver compatibilização das normas constitucionais. A razão dessa vedação é histórica e nada tem a ver com a nova configuração da tutela jurisdicional coletiva. Espera-se que essa opinião doutrinária sobre a ausência de *jus postulandi* do Ministério Público permaneça isolada e mereça referência no futuro apenas como exemplo de idéia pitoresca.

2.1. Panorama Doutrinário

Iniciemos a exposição apresentando os argumentos que nos parecem mais restritivos³. Reale (1997) entende que os direitos coletivos e individuais homogêneos como definidos no Código de Defesa do Consumidor são categorias inconstitucionais (*sic*), “[...] tendo sido indevidamente acrescidas à dos difusos e indisponíveis, os únicos que a Carta Magna expressamente contempla”. Dallari (2001) também entende que a Constituição só autorizou o Ministério Público a defender direitos difusos e coletivos, sendo inconstitucional qualquer outro alargamento de sua “competência”. Do mesmo modo, Martins (1994) entende haver incompatibilidade constitucional com a defesa dos direitos individuais homogêneos pelo Ministério Público por meio de ação coletiva.

Parece-nos que a constitucionalidade da atuação do Ministério Público está no art. 127 da Constituição, na medida em que menciona a defesa dos interesses sociais, e no art. 129, IX, na parte em que autoriza o Ministério Público a exercer outras funções compatíveis com sua finalidade. A garantia do acesso à justiça também legitima a atuação do Ministério Público, já que existem lesões individuais que possuem relevância social e só receberam a tutela adequada por meio da ação coletiva. O fato de o texto constitucional não mencionar expressamente a categoria dos direitos individuais homogêneos não deve impressionar. O rótulo dado pelo legislador não pode mudar a natureza das coisas, e haverá direitos acidentalmente coletivos independentemente da denominação legislativa. A novidade é que agora temos um sistema processual integrado que possibilita sua tutela efetiva.⁴ O certo é que “[...] caso não houvesse disciplina legal, da mesma forma, três seriam as modalidades de interesses transindividuais: os interesses difusos, os interesses coletivos e os interesses individuais homogêneos” (VIGLIAR, 2001, p. 67). Outra razão para a não inclusão dos direitos individuais homogêneos no art. 129, III, da Constituição, está no fato de que nem todas as situações individuais alcançam dimensão a justificar a atuação do Ministério Público, ao contrário do que ocorre com os interesses difusos e coletivos, que, pela própria natureza, têm afetação automática à coletividade e não apenas ao indivíduo. Na Constituição temos as diretrizes genéricas, havendo conformação legislativa posterior, que foi o que ocorreu com a disciplina dos direitos individuais homogêneos. Tucci (2002), embora não se refira expressamente à denominação *direitos individuais homogêneos*, acrescenta dois argumentos contrários à atuação do Ministério Público: a abusividade do ajuizamento de ações e o indevido exercício de funções próprias de advogados, já que seriam tutelados direitos individuais⁵.

³ Alguns dos mais importantes posicionamentos doutrinários mais restritivos encontram-se reunidos em interessante obra coletiva, uniformemente conservadora e coordenada por Wald (2003).

⁴ É interessante notar que somente agora venha sendo questionada essa categoria de direitos, se o legislador já trabalha com ela há anos. Basta lembrar que a Lei 6.024/74 legitima o Ministério Público a ajuizar ações em hipóteses de liquidação extrajudicial, caso evidente de direitos individuais homogêneos, sem falar no disposto na Lei 7.913/89 (MOREIRA, 2000, p. 39).

⁵ O interessante é que basicamente Tucci (2002), para embasar seu raciocínio, cita autores que possuem essencialmente posição diversa da sua, como Kazuo Watanabe e Hugo Nigro Mazzilli.

Dinamarco (2001), a seu turno, após afirmar que diversas ações coletivas são propostas indevidamente em razão do temor de o Promotor de Justiça ser punido administrativamente, conclui que está havendo um *inegável abuso* por parte do Ministério Público, o que acabaria por tornar ineficiente a tutela coletiva, afirmando, ainda, que é inconstitucional a defesa do Erário⁶. Em sua opinião, apenas quando o direito for simultaneamente indisponível e homogêneo é que haverá legitimidade do Ministério Público.

O argumento de que haveria indevido exercício de advocacia pelo Ministério Público nos casos de direitos individuais homogêneos não pode prosperar. Nunca estará o Ministério Público defendendo direitos individuais específicos, mas, sim, estará tutelando uma situação que, a partir de lesões individuais, assume dimensão social, transcendendo a posição individual de cada titular. A atuação do Ministério Público é impessoal e genérica, desvinculada da situação pessoal de cada titular. Tanto é assim que o pedido formulado na defesa dos direitos individuais homogêneos deve ser necessariamente genérico, havendo posterior habilitação individual dos eventuais titulares que desejarem. E essa habilitação forçosamente será por meio de advogados, cessando a legitimidade do Ministério Público. Note-se, portanto, que o tratamento coletivo dos direitos individuais não se confunde com a satisfação pessoal do crédito daí decorrente, este sim indiscutivelmente disponível e que deve ser buscado por meio de advogado.⁷

O argumento da abusividade é mais ideológico do que técnico, já que não se combate um instituto pelas suas eventuais deturpações práticas. O fato de haver o ajuizamento indevido de ações coletivas – que não se nega neste trabalho – não significa que se deva impedir o uso do instituto. Temos todo um aparato técnico para impedir o desenvolvimento de uma ação individual ou coletiva que seja inadequada. Se uma ação foi ajuizada por meio de uma inicial inepta, que se rejeite aquela petição específica; se houve má-fé, que se condene o litigante. Ou seja: pela técnica processual evita-se a utilização abusiva das ações coletivas, seja pelo ajuizamento correto de ações, seja pelo controle de admissibilidade das demandas. O que não pode ocorrer é a criação de uma regra genérica que limite a atuação do Ministério Público, como, aliás, só ele fosse responsável por abusos forenses, quando na verdade sabemos que não é bem assim que as coisas se passam. Do modo como exposto pelos autores, parece que ao Ministério Público vale uma extravagante teoria concreta do direito de ação, sendo abusivo o ajuizamento de uma ação que veicule pedido julgado improcedente.

Afirmar que o Ministério Público ajuíza ações de modo leviano por receio de punições

⁶ Assim também pensa Dinamarco (2000, v. 13).

⁷ Essa questão foi bem abordada pelo Supremo Tribunal Federal, na ocasião em que se decidiu pela legitimidade do Ministério Público para ajuizar ação coletiva em favor de estudantes que haviam sofrido abusivo aumento das mensalidades escolares. O Ministro Maurício Corrêa assim se manifestou na ocasião: “[...] tem-se que não é o Ministério Público que invade a área de atuação da reserva da clientela dos advogados, senão a própria natureza do bem protegido que o exige, e que se alça ao patamar daqueles impugnáveis por via de ação direta por certos entes, e com muito mais razão pelo Ministério Público, neste caso concreto investido da capacidade postulatória para a ação civil pública” (BRASIL, 2001, p. 55).

administrativas pessoais é desconhecer complementemente a realidade de uma Instituição, é não ter o trabalho de examinar os mapas estatísticos dos Ministérios Públicos que trazem o número de inquéritos civis arquivados. Não há punição para o correto exercício funcional e isso inclui o ajuizamento de ações nas hipóteses cabíveis e o não ajuizamento quando não houver justa causa. A idéia de que só em caso de direitos individuais homogêneos indisponíveis é que haveria legitimidade do Ministério Público também não merece prestígio, já que não se pode confundir patrimonialidade com disponibilidade (TEPEDINO, 2001). A partir do momento em que a lesão a direitos individuais homogêneos adquire dimensão social, supera-se a disponibilidade do direito numa óptica individualizada, em razão de um interesse maior da sociedade em ver essa lesão a direitos tutelada coletiva e genericamente. É como se houvesse uma suspensão da disponibilidade do direito durante a ação coletiva, voltando essa característica no momento da habilitação para a satisfação de um direito específico, a partir de uma condenação genérica.

Na realidade, a defesa dos direitos individuais homogêneos é compatível com a Constituição independentemente de previsão expressa. Além disso, devemos lembrar que temos um sistema integrado de tutela coletiva, não havendo sentido em criar artificialmente categorias de direitos estanques, confinadas nos limites de um diploma legislativo específico. Lembre-se ainda do art. 21 da Lei da Ação Civil Pública e da expressa previsão genérica de defesa dos direitos individuais homogêneos pelas leis orgânicas do Ministério Público.

A partir do momento em que encaramos a defesa judicial dos direitos transindividuais como integrante do direito fundamental do acesso à justiça, verificamos que esse posicionamento restritivo não pode persistir, devendo ser lembrado que “[...] a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que melhor eficácia lhe dê” (CANOTILHO, 1993, p. 227). Qualquer limitação material posterior (como, p. ex., em matéria tributária e previdenciária) também é indevida, em razão do princípio da vedação do retrocesso⁸. Se a Constituição garante uma tutela jurisdicional adequada e prevê o sistema de tutela coletiva, não pode uma norma infraconstitucional frustrar esse compromisso constitucional com a efetividade. Lembre-se que o texto constitucional possui cláusula aberta quando se refere à tutela jurisdicional coletiva (art. 129, III e IX). Além disso, o art. 1º da Lei da Ação Civil Pública também possui cláusula aberta para a tutela de quaisquer direitos transindividuais, concretizando-se, assim, o direito fundamental de acesso à adequada tutela jurisdicional, não podendo uma norma posterior retroceder tal garantia e proibir que determinados temas possam ser discutidos em processo coletivo.

O direito à tutela jurisdicional significa a possibilidade de formular qualquer tipo de pretensão, qualquer que seja seu fundamento e o objeto sobre o qual verse (GONZÁLES PÉREZ, 2001, p. 69). Quando se proíbe que determinados direitos sejam tutelados coletivamente, em uma espécie de *censura processual*, impede-se uma adequada tutela juris-

⁸ Na doutrina brasileira, sobre a vedação do retrocesso há excelentes trabalhos de Ingo Wolfgang Sarlet, com fartas indicações bibliográficas.

dicional, ofendendo-se um direito fundamental. Excluir do processo coletivo a tutela de determinados direitos é negar acesso à justiça e, nessa medida, o parágrafo único do art. 1º da Lei da Ação Civil Pública é inconstitucional. É verdade que cada titular poderá pleitear seus direitos em processos individuais, mas a Constituição prevê a tutela coletiva como meio mais amplo e eficaz de acesso à justiça, de modo que a vedação da tutela coletiva significa impedimento de prestar uma tutela jurisdicional mais adequada, o que fulmina de inconstitucionalidade a referida norma⁹. Os posicionamentos contrários à legitimação do Ministério Público, a nosso ver, prendem-se a uma visão pontual do fenômeno, como se o direito pudesse ser interpretado apenas parcialmente. Entretanto,

[...] não se interpreta o direito em tiras, aos pedaços. A interpretação de qualquer texto de direito impõe ao intérprete, sempre, em qualquer circunstância, o caminhar pelo percurso que se projeta a partir dele – do texto – até a Constituição. Um texto de direito isolado, destacado, desprendido do sistema jurídico, não expressa significado normativo algum. (GRAU, 2002, p. 34).

Passemos agora a descrever o panorama doutrinário mais consentâneo com nosso pensamento. Almeida (2003, p. 495) entende que sempre haverá interesse social na defesa dos direitos individuais homogêneos pelo Ministério Público:

[...] sempre que houver a afirmação de direito pertinente aos interesses ou direitos individuais homogêneos, o Ministério Público poderá atuar, com o ajuizamento da respectiva ação coletiva. O que ele defende não é o interesse de cada vítima ou de seus sucessores, mas o interesse globalmente considerado que, no caso, é o interesse social, justificado para evitar a proliferação de demandas individuais, a dispersão das vítimas titulares dos direitos e o desequilíbrio jurídico decorrente da possibilidade de decisões jurisdicionais contraditórias sobre o mesmo assunto.¹⁰

Zavaski (1994 e 1995), em dois importantes trabalhos sobre o tema, possui posição mais moderada, concluindo que há interesses individuais que, considerados em seu conjunto, passam a ter significado ampliado, de resultado maior que a simples soma das posições individuais, e cuja lesão compromete valores comunitários privilegiados pelo ordenamento jurídico, e tais interesses individuais, visualizados nesta dimensão coletiva, constituem interesses sociais para cuja defesa se legitima o Ministério Público. Segundo o autor, a identificação desses interesses sociais compete tanto ao legislador como ao Ministério Público, caso a caso, mediante o preenchimento valorativo do conceito de interesses sociais e empresta expressa adesão a este entendimento¹¹. Apesar de os autores

⁹ Como afirmou Bidart Campos (1996, p. 29), “[...] si haora suponemos la hipótesis extrema de una ley que expresamente niega una acción, o la legitimación procesal, y en un caso concreto judicialmente planteado el juez se da cuenta de que la ley prohibitiva aniquila el derecho de acceso a la justicia des justiciable pretensor, porque, conforme a las circunstancias de la causa, tales obstáculos le provocan un perjuicio irreparable, no vacilamos en afirmar que el juez debe declarar inconstitucional – en ese caso particular – la norma legal que abroquelaba la acción, la legitimación e y el proceso, y al no aplicarla ha de dar reconocimiento a la acción, a la legitimación y al proceso”.

¹⁰ Nery Júnior (2001, p. 572) e Pinho (2002, p. 213 e 233) acompanham seu entendimento.

¹¹ Em linhas gerais, aderem a este posicionamento, exemplificativamente, os seguintes autores: Rodrigues

que defendem a ampla legitimidade do Ministério Público basearem-se em consistentes argumentos e visualizarem corretamente o fenômeno da tutela coletiva dos direitos individuais homogêneos, pensamos que o texto constitucional exige a nota do interesse social *ou* da indisponibilidade. Não nos parece que o interesse social seja intrínseco a qualquer demanda coletiva, de modo que deve ser demonstrada sua presença nas ações que veiculem pretensões decorrentes de direitos individuais homogêneos. Estamos, portanto, de pleno acordo com as considerações dos autores por último citados e também entendemos que a legitimidade do Ministério Público se verifica a partir do interesse social previsto no art. 127 da Constituição.

2.2. Panorama Jurisprudencial

No Superior Tribunal de Justiça, após um início alvissareiro¹², a tese de que o Ministério Público não estaria legitimado para defender direitos individuais homogêneos relacionados a contribuintes, basicamente porque não são consumidores, passou a preponderar (BRASIL, 1994 e 2004a)¹³.

O Superior Tribunal de Justiça, em outros julgamentos, não vem restringindo a defesa dos direitos individuais homogêneos apenas às relações de consumo. Na síntese realizada por Almeida (2002, p. 34-35), o Tribunal acolheu a tese de existência de relevância social nas seguintes hipóteses: taxa de iluminação pública, aumento abusivo de mensalidades escolares, reajuste de 147% para os aposentados, nulidade de cláusula abusiva, trabalhadores submetidos a condições insalubres em minas, decretação de nulidade de concurso público, planos de saúde, correção monetária de prestação para a aquisição de imóveis, proteção do direito ao salário mínimo para servidores municipais, entre outros. Não reconheceu relevância social nos seguintes temas: aquisição de lotes financiados pela Cohab, IPTU, vale-transporte, taxa de iluminação pública, entre outros.

(2002, p. 76-77); Câmara (2003, p. 1108); Gouvêa (2003); Bedaque (2003, p. 108); Watanabe; Mazzili (2002, p. 86-89); Mancuso (1999, p. 100-102); Barros (1999, p. 190-193). Parece ser este também o entendimento de Negrão (2004, p. 258), embora seu texto não seja muito claro neste ponto, ora inclinando-se para uma postura mais restritiva, ora aderindo à orientação aqui exposta. Marinoni e Arenhart (2001, p. 691), aderiram ao sétimo enunciado do Conselho Superior do Ministério Público de São Paulo, cujo teor é o seguinte: sétimo enunciado do Conselho Superior do Ministério Público de São Paulo, que possui a seguinte redação: “O Ministério Público está legitimado à defesa de interesses ou direitos individuais homogêneos que tenham expressão para a coletividade, tais como: a) os que digam respeito a direitos ou garantias constitucionais, bem como aqueles cujo bem jurídico a ser protegido seja relevante para a sociedade (v.g., dignidade da pessoa humana, saúde e segurança das pessoas, acesso das crianças e adolescentes à educação); b) nos casos de grande dispersão dos lesados (v.g., dano de massa); c) quando a sua defesa pelo Ministério Público convenha à coletividade, por assegurar a implementação efetiva e o pleno funcionamento da ordem jurídica, nas suas perspectivas econômica, social e tributária.”

¹² Limitaremos nossa análise à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, em razão da preeminência de suas decisões. Os acórdãos mencionados foram retirados das páginas dos Tribunais na internet, a partir do critério de pesquisa *Ministério Público e direitos individuais homogêneos*.

¹³ Recentemente, a primeira turma do Superior Tribunal de Justiça modificou a orientação anterior e voltou a entender que o Ministério Público pode ajuizar ação civil pública para a defesa dos direitos dos contribuintes, passando a abordar a matéria com propriedade e na linha teórica defendida neste trabalho, lamentando-se apenas a limitação temporal imposta nos julgamentos. Cf.: RESP 522827 / MT - DJ 19/12/2003, p. 352 Min. Luiz Fux.

A primeira turma do Superior Tribunal de Justiça, apesar da diversidade de tendências encontrada durante os anos, parece definitivamente haver identificado a correta interpretação que se deve dar para o tema da legitimidade do Ministério Público para a defesa dos direitos individuais homogêneos (BRASIL, 2004b). Entretanto, ainda não se pode dizer que a jurisprudência de todo o Superior Tribunal de Justiça tenha uma tendência uniforme, permanecendo a posição restritiva em algumas questões, como em matéria previdenciária. O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, nas poucas vezes em que examinou a matéria, conferiu relevância social apenas ao tema de cobrança abusiva de mensalidades escolares – tanto que editou a súmula de sua jurisprudência dominante nº 643: “[...] o Ministério Público tem legitimidade para promover ação civil pública cujo fundamento seja a ilegalidade de reajuste de mensalidades escolares”, não reconhecendo essa característica no exame de matéria tributária¹⁴.

Vê-se, portanto, que grassa certa confusão na jurisprudência, mormente no que se refere à limitação da ação coletiva para a defesa dos direitos individuais homogêneos apenas se houver relação de consumo. Embora haja decisões favoráveis à ampla legitimidade do Ministério Público, predominam as decisões mais restritivas. O panorama jurisprudencial que se nos apresenta tende ao conservadorismo.

3. A Defesa Coletiva dos Direitos dos Idosos pelo Ministério Público

Mesmo que não houvesse o Estatuto do Idoso, o Ministério Público estaria legitimado para a tutela dos direitos metaindividuais e individuais indisponíveis dos idosos¹⁵. Entretanto, em razão da existência das interpretações restritivas que descrevemos em itens

¹⁴ Sobre o tema, merece destaque o voto do Min. Sepúlveda pertence no RExt. 195.056-1/PR. Após consignar que “[...] o que reputo de maior relevo, no contexto do art. 127 [CF], não é o de incumbir a instituição [do Ministério Público] a defesa dos interesses indisponíveis, mas, sim, a dos interesses sociais”, já que “a eventual disponibilidade pelo titular de seu direito individual, malgrado sua homogeneidade com o de outros sujeitos, não subtrai o interesse social acaso existente na sua defesa coletiva”, e, apontando para o critério do interesse social segundo a Constituição, ressalva que no caso concreto não vislumbrava esse interesse social, embora a matéria tributária por si só impeça o ajuizamento da ação coletiva pelo Ministério Público. Pensamos que as ponderações do Min. Sepúlveda Pertence bem demonstram a dimensão dos limites da atuação do Ministério Público. São irrelevantes, diante do sistema constitucional, os aparentes limites impostos pelo legislador infraconstitucional e a disponibilidade do direito individual. Lamenta-se apenas que, no caso sob julgamento, o ministro tenha entendido que questões tributárias não possuem interesse social e tenha negado legitimidade ao Ministério Público. Bedaque (2003) também critica a conclusão do Ministro, afirmando que, “[...] embora concorde integralmente com toda fundamentação desenvolvida, não se pode aceitar a conclusão de que, em caso de tributo, o interesse social reside na tributação e não na não-tributação. Parece-me que tal afirmação não está correta e aparentemente foi isso que ele disse: ‘Predomina o interesse social na cobrança de tributos’. Não predomina coisa nenhuma [...]”. Não me parece legítimo retirar do Ministério Público, que está defendendo a legítima cobrança de um imposto constitucional e a legítima exclusão de um imposto inconstitucional, para toda uma população, a possibilidade de levar ao Poder Judiciário esse interesse individual homogêneo dos contribuintes lesados. Eu vejo aí um interesse social, público, não pela quantidade de pessoas, é pela natureza da situação e evidentemente por alcançar toda uma coletividade. Aí, me parece que falhou o Min. Sepúlveda Pertence, com toda a sua autoridade e competência. Extraiu uma conclusão errada das premissas e dos fundamentos corretos que desenvolveu” (BEDAQUE, 2003, p. 109).

¹⁵ Não se quer dizer com isso que o Estatuto do Idoso não tenha importância normativa, já que, além de sua função simbólica, diversos direitos materiais foram agora reconhecidos. Nossa afirmação sobre a desnecessidade

anteriores, o art. 74, I, do Estatuto do Idoso assume particular importância, já que explicita, de maneira bastante didática, que o Ministério Público é legitimado para a defesa de direitos individuais homogêneos dos idosos, sendo que a redação do dispositivo foi feliz ao não vincular o conceito de direitos individuais homogêneos com a nota da indisponibilidade. Espera-se que, com a explícita consagração normativa, ao menos no que se refere aos idosos, a jurisprudência não amesquinhue a tutela dos direitos.¹⁶

Vejam agora algumas hipóteses em que se revela possível e necessária a atuação do Ministério Público na tutela coletiva dos direitos dos idosos. A omissão administrativa é campo fértil para as ações coletivas¹⁷ e o Ministério Público poderá ajuizar diversas ações que visem a obrigar a atuação do poder público em favor dos direitos dos idosos. Assim, poderá ser ajuizada ação coletiva para que sejam construídas entidades públicas de abrigo para idosos (RIO GRANDE DO SUL, 2004); ação coletiva visando a um adequado tratamento de doenças crônicas que atinjam idosos; ação coletiva para fornecimento de medicamentos; ação coletiva para efetivar o direito à educação do idoso; ação coletiva para garantir adequada locomoção para os idosos (acessibilidade) etc. O acesso ao lazer e à cultura também é tema que merece a atuação do Ministério Público, valendo lembrar que o Superior Tribunal de Justiça já reconheceu a legitimidade da instituição para o ajuizamento de ação coletiva visando a garantir o ingresso de aposentados gratuitamente em estádios de futebol, sob o fundamento de que o lazer dos idosos possui relevância social (BRASIL, 2000).

Outra área de atuação importante do Ministério Público para a tutela coletiva dos direitos dos idosos é a fiscalização de entidades de atendimento, asilos e abrigos para idosos. Constatando irregularidades, e não havendo meios de saná-las, deve o Ministério Público ajuizar ação coletiva para suspensão das atividades ou a dissolução da entidade, podendo inclusive pleitear reparação por danos morais para os idosos residentes. A prática vem demonstrando que diversos asilos não possuem condições mínimas para o acolhimento de idosos e a atuação do Ministério Público está sendo fundamental para o resguardo dos direitos dos abrigados. Note-se que as entidades de atendimento prestam serviços (art. 35 do Estatuto do Idoso) e, portanto, enquadram-se também nas regras do Código do Consumidor¹⁸, o que, entre outras consequências, pode ser interessante no caso de ser pleiteada alguma indenização e haver necessidade de desconsideração da personalidade jurídica.

do Estatuto limita-se à legitimidade ativa do Ministério Público, a partir da interpretação que fazemos do texto constitucional. De todo modo, em matéria de legitimidade do Ministério Público, o Estatuto do Idoso possui importante papel didático.

¹⁶ Ainda acerca da legitimidade do Ministério Público, é necessário lembrar que o Estatuto do Idoso, no art. 81, §1º, permite o litisconsórcio entre Ministérios Públicos, de modo que não incidirá aqui a mesma controvérsia que se deu em razão do veto ao parágrafo segundo do art. 82 do Código do Consumidor. Sobre a ineficácia de tal veto: (WATANABE, 2004, p. 831- 833).

¹⁷ O controle jurisdicional da administração pública é tema dos mais controvertidos. Ultimamente o assunto vem despertando a atenção dos estudiosos e, além das obras coletivas citadas ao longo deste trabalho, que sempre trazem artigos referentes ao tema, vale lembrar uma obra de referência: (GOUVEA, 2003).

¹⁸ Interessante registrar que, antes da vigência do Estatuto do Idoso, o Ministério Público, no esforço para tutelar os direitos dos idosos, fundamentava suas ações coletivas para o fechamento de entidades asilares quase que exclusivamente nos direitos do consumidor. Em determinada ocasião, o Ministério Público do Rio de Janeiro,

De todo modo, não obstante a prática comprovar que a atuação do Ministério Público na fiscalização das entidades de atendimento é fundamental, a medida do fechamento ou dissolução da entidade deve ser considerada excepcional, inclusive porque os idosos abrigados podem não ter outro local apto que os acolha imediatamente. A ponderação e a adequação à realidade de cada comarca se fazem mais presentes do que nunca em questões asilares. Outras peculiaridades referentes aos asilos, casas geriátricas e unidades de atendimentos e que, na medida do possível, merecem atenção no ajuizamento de ações coletivas são as seguintes: a) freqüentemente o asilo está instalado em casarões antigos que possuem valor histórico e, em razão disso, não podem receber todas as adaptações necessárias para a segurança e conforto dos idosos sem descaracterizações arquitetônicas. Note-se que estamos diante de conflitos entre direitos¹⁹ transindividuais que deverão ser compatibilizados de acordo com o caso concreto, sem que haja sacrifício exclusivo de um deles; b) dadas as especificidades dos estabelecimentos asilares, é de todo conveniente que as ações coletivas sejam instruídas com dados multidisciplinares, como laudos sanitários, estudos sociais etc., o que reforça a idéia de que os Ministérios Públicos devem cada vez mais se preocupar com a formação de quadros técnicos próprios para o suporte dos Promotores e Procuradores; c) deve haver uma atenção especial com o recebimento de pensões ou benefícios pecuniários pelos idosos abrigados, já que é comum que algum funcionário ou sócio da própria entidade possua procuração ou seja curador dos abrigados, de modo que pode haver interrupção dos pagamentos; d) pelo mesmo motivo da alínea anterior, deve ser incluído na ação coletiva pedido acerca de eventual apropriação indevida de bem móvel (o que inclui seus benefícios pecuniários) de idosos; e) como invariavelmente há tratamento inadequado aos idosos pelas entidades rés em ações coletivas, é viável a inclusão de pedido de dano moral coletivo; f) não raro as cidades do interior possuem apenas um estabelecimento asilar, normalmente privado, de modo que a atuação do Ministério Público deverá também se dar junto ao Poder Público, a fim de viabilizar a remoção dos idosos, caso tal medida seja necessária.

A tutela coletiva dos direitos dos idosos pelo Ministério Público também se mostra bastante efetiva nas relações de consumo, especialmente no que se refere aos contratos de prestação de serviços em entidades de atendimento e de planos de saúde, inclusive com

por meio do Promotor de Justiça Alexander Araújo de Souza, teve conhecimento de entidade asilar que deixava idosos doentes e sujeitos ao relento, que possuía todos os banheiros sem a mais elementar limpeza, que fornecia alimentos em estado de putrefação, entre outras barbaridades, valeu-se do Código do Consumidor para requerer a interrupção do funcionamento da entidade, além de pedir a condenação ao pagamento de danos materiais e morais, inclusive com a desconsideração da personalidade jurídica dos sócios (referida ação civil pública foi publicada, na íntegra, no órgão cultural do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro). O Estatuto do Idoso veio, portanto, robustecer a atuação do Ministério Público.

¹⁹ O conflito entre direitos fundamentais vem merecendo atentos estudos, cuja complexidade foge completamente aos limites deste estudo, já que, apenas para situar a discussão, seria necessário tratar das conquistas recentes da argumentação jurídica e da hermenêutica, além da teoria dos direitos fundamentais. Sobre o tema, é impossível não fazer referência aos estudos de Alexy (2001, p. 87-114). O princípio da proporcionalidade é fundamental para solucionar o conflito entre bens jurídicos e a doutrina brasileira vem se familiarizando com seu estudo. Sobre o princípio da proporcionalidade, recentemente foi editado um denso estudo: (PULIDO, 2003). Na doutrina brasileira há um livro que em poucas páginas faz uma resenha de todo o problema e ainda apresenta

pedido de reparação de dano moral coletivo (SCHMITT, 2004), dependendo da hipótese. Para a discussão das cláusulas contratuais de planos de saúde a legitimidade do Ministério Público é tranqüila, em razão do que já dispõe o Código do Consumidor, vindo o Estatuto do Idoso apenas incrementar essa atribuição. Para a garantia de transporte gratuito dos idosos, na forma do disposto no art. 230 da Constituição e dos arts. 39 e 40 do Estatuto do Idoso, a ação coletiva ajuizada pelo Ministério Público tem se mostrado importante instrumento, embora o Superior Tribunal de Justiça venha sistematicamente negando esse direito, no que se refere ao transporte interestadual:

Suspensão de Segurança. Indeferimento. Agravo Regimental. Estatuto Do Idoso. Transporte Coletivo. Reserva De Vagas e Descontos. Lesão à Ordem Jurídica, Administrativa e Econômica. Interesse Público. Equilíbrio Financeiro-Econômico dos Contratos. 1. De lesão à ordem jurídica não se há falar na excepcional via da suspensão de liminar ou de segurança, cujo resguardo se acha assegurado na via recursal própria (Suspensões de Segurança nº 909, 917 e 924). 2. Ao estabelecer um serviço de transporte de natureza assistencial em favor dos idosos de baixa renda o legislador exigiu, como condição de eficácia do dispositivo, a edição de legislação específica para regulamentar sua execução na integralidade. Inexistente esta, não se fala em eficácia do dispositivo legal. 3. O serviço de transporte coletivo rodoviário se realiza por ações de empresas mediante contratos de concessão, permissão ou autorização firmados com o Poder Público. São portanto contratos administrativos nos quais, desde a celebração, deve estar prevista a forma de ressarcimento, pelo Estado, das despesas da empresa na execução do serviço público. 4. Agravo Regimental não provido. (BRASIL, 2004c).

3.1. A Questão Previdenciária

A legitimidade do Ministério Público para o ajuizamento de ações que cuidam de benefícios previdenciários sempre nos pareceu evidente, tendo em vista o inequívoco interesse social presente em tais situações, não só na importância de o beneficiário usufruir dignamente a contraprestação do sistema de custeio, mas também na própria subsistência do sistema previdenciário. O zelo pela estrutura mesma da previdência social, que é baseada nos princípios da solidariedade, da universalidade, da proteção contra os riscos sociais, na obrigatoriedade, no equilíbrio financeiro e atuarial e na irredutibilidade do valor dos benefícios²⁰, a fim de que se evitem fraudes e se resguardecem direitos, possui inegável interesse social. Além disso, a intervenção do Ministério Público justifica-se em ações em que se discutam benefícios assistenciais de prestação continuada em razão da idade ou aposentadoria por idade, em razão do caráter alimentar do benefício, invariavelmente a única fonte de subsistência do idoso. Entretanto, o Superior Tribunal de Justiça, modificando entendimento anterior (BRASIL, 2000b), passou a negar legitimidade ao Ministério Público sob o argumento de que se trata de ações para a defesa de direitos individuais homogêneos,

contribuições originais: ÁVILA (2003).

²⁰ Sobre todos esses princípios, bem como para um enfoque constitucional do direito previdenciário: (ROCHA, 2005).

sem que haja relação de consumo²¹, o que já demonstramos ser um lamentável desvio de perspectiva. Também é incorreta a generalização que faz o Superior Tribunal de Justiça, ao considerar que ações coletivas que cuidam de matéria previdenciária tutelam sempre – e apenas – direitos individuais homogêneos. A pretensão veiculada na ação é que revela qual o direito está sendo tutelado e não a matéria que é discutida. Um exemplo para ilustrar o afirmado: se a ação se limita a pleitear a revisão de benefícios previdenciários pelos índices legais, trata-se de direitos coletivos; caso haja pedido de restituição do que foi pago indevidamente por erro de cálculo, tratar-se-á de direitos individuais homogêneos. Ou seja: o simples fato de se tratar de matéria previdenciária não significa que estejamos diante de direitos individuais homogêneos.

O que importa para os fins da tutela jurisdicional é o que o autor da demanda coletiva traz para o processo. Vale dizer, o seu objeto litigioso. [...] É na transposição do conflito de interesses do plano extraprocessual para o processual e na formulação do pedido de provimento jurisdicional que são cometidos vários equívocos. A tutela de interesses ‘coletivos’ tem sido tratada, por vezes, como tutela de interesses ou direitos ‘individuais homogêneos’, e a de interesses ou direitos ‘coletivos’, que por definição legal são de natureza indivisível, tem sido limitada a um determinado segmento geográfico da sociedade, com uma inadmissível atomização de interesses ou direitos de natureza indivisível. (WATANABE, 2004, p. 810).

De todo modo, mesmo errando ao desprezar o objeto litigioso na análise da natureza do direito tutelado, o Superior Tribunal de Justiça comete pior equívoco ao negar legitimidade ao Ministério Público, desconsiderando o disposto nos arts. 127 e 129, III e IX, da Constituição. Realmente, o interesse social está intrínseco nas questões previdenciárias²², o que faz com que haja uma legitimidade *in re ipsa* do Ministério Público para ajuizar ações coletivas em defesa dos direitos dos segurados.²³ Se já nos parecia plenamente possível o ajuizamento de ações coletivas pelo Ministério Público em questões previdenciárias, a edição do Estatuto do Idoso torna indiscutível a matéria, já que, além de prever uma série de direitos previdenciários, expressamente confere legitimidade ao Ministério Público para a defesa dos direitos individuais homogêneos dos idosos. Aliás, se a partir do Estatuto do Idoso o Superior Tribunal de Justiça continuar desprezando a Constituição e manter seu entendimento de que os direitos individuais homogêneos só podem ser

²¹ Tratando-se de previdência privada, o STJ, corretamente, reconheceu legitimidade ao Ministério Público em razão do interesse social (BRASIL, 2004d).

²² Lembre-se que, além de a previdência ser um direito social e os benefícios previdenciários constituírem na única fonte de renda de aproximadamente metade dos idosos, o impacto das oscilações dos benefícios atinge famílias inteiras que dependem exclusivamente da renda do segurado. Com razão aponta-se que “[...] o perfil do sistema previdenciário construído hoje influirá na distribuição futura da renda das famílias” (CAMARANO; KANSO; MELLO, 2004, p. 70). Na previdência rural, dois terços dos benefícios são pagos a idosos, sendo que 88% desse grupo tem o benefício previdenciário como meio de subsistência garantido para suprir as necessidades vitais dos idosos e de seus dependentes (DELGADO; CARDOSO JR., 2004, p. 295/296).

²³ Ressalte-se uma vez mais que a limitação constante no parágrafo único do artigo primeiro da Lei da Ação Civil Pública não pode ser considerado óbice para o ajuizamento de ações coletivas, em razão de sua flagrante inconstitucionalidade, já demonstrada em páginas anteriores.

tutelados quando houver lei expressa, será obrigado a excluir do âmbito de eficácia subjetiva da decisão coletiva todos os segurados da previdência que não forem idosos, o que configurará uma situação no mínimo desarrazoada, para não dizer esdrúxula.

Todos esses fatores demonstram que a questão deve ser resolvida com maior simplicidade: o Ministério Público possui legitimidade para o ajuizamento de ações que tutelem direitos previdenciários porque está constitucionalmente autorizado para tanto, seja porque se trata de direitos coletivos, seja em razão do inegável interesse social legitimador da tutela de direitos individuais homogêneos.²⁴

4. Ministério Público e Sucumbência

Segundo o art. 88, nas ações coletivas não haverá adiantamento de nenhuma despesa processual e seu parágrafo único dispõe que não se imporá sucumbência ao Ministério Público. Vê-se que não há exata correspondência entre o que prevê o Estatuto do Idoso e o que consta no art. 18 da Lei da Ação Civil Pública. Apesar das intensas controvérsias doutrinárias (MANCUSO, 2004, p. 499-516)²⁵, tende a se firmar, no que se refere à Lei da Ação Civil Pública, a aplicação uniforme do disposto no art. 18 a todos os legitimados, inclusive ao Ministério Público.²⁶

Pensamos ser possível compatibilizar o disposto no Estatuto do Idoso com as regras do sistema do processo coletivo. Não se justifica entender que somente o Ministério Público esteja isento da sucumbência e, o que é ainda pior, mesmo em caso de comprovada má-

²⁴ O Ministério Público Federal, em procedimento administrativo, que dezenas de idosos foram lesados por advogados que possuíam poderes para receber valores referentes a benefícios previdenciários. Diante desse quadro, além das medidas criminais, o Ministério Público Federal pleiteou que fossem excluídas de todas as procurações outorgadas por idosos aos tais advogados a expressão “poderes especiais para receber”, a fim de que somente os idosos pudessem levantar os alvarás com o numerário a que tinham direito, tendo sido ainda requerida a obrigação de que os réus apresentassem procurações atualizadas dos idosos, com o fim específico para levantamento de valores disponíveis em Juízo, inclusive especificando os valores que serão entregues ao idoso e os valores que serão recebidos a título de honorários, sempre quando do levantamento de alvarás (esta e outras ações de iniciativa do Ministério Público Federal em favor dos idosos podem ser consultadas no endereço eletrônico www.pgr.mpf.gov.br/pgr/pfdc/index.jsp - ícone “banco de dados”). Ainda em relação à questão previdenciária, vale lembrar a recente ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Federal em razão da suspensão do pagamento de benefícios previdenciários a beneficiários que possuíssem noventa anos de idade ou mais, visando ao ressarcimento dos danos materiais e à reparação dos danos morais individuais e coletivos sofridos pelos idosos (ARENHART, 2004, p. 325-340).

²⁵ Para exemplificar a controvérsia: Leonel (2002, p. 329-395) entende que o art. 18 se aplica às associações e apenas aos entes públicos despersonalizados, que teriam a finalidade específica de defender os direitos transindividuais; Rodrigues (2004, p. 302-305), por sua vez, entende que o dispositivo se aplica exclusivamente às associações, que seriam as únicas a ter a sucumbência como obstáculo ao acesso à justiça.

²⁶ No Superior Tribunal de Justiça, é pacífica a tese de que o Ministério Público está isento de sucumbência, salvo má-fé (BRASIL, 2003). Segundo Nery Junior (2004, p. 1031), “[...] todo e qualquer co-legitimado que tiver ajuizado a ação civil pública se sujeita ao dispositivo ora comentado”. No mesmo sentido, manifesta-se Watanabe (NERY JÚNIOR, 2004, p. 851). O anteprojeto de Código Modelo para a Ibero-América também consagra esta orientação: “[...] os autores da ação coletiva não adiantarão custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas, nem serão condenados, salvo comprovada má-fé, em honorários de advogados, custas e despesas processuais” (art. 15, § 3º).

fê. Não se justificam a isenção da sucumbência a apenas um legitimado e a exclusão da responsabilidade em caso de má-fê. Parece-nos que, para não haver quebra do princípio da isonomia e violação do princípio da proporcionalidade, a interpretação deverá ser a mesma que vem sendo dada majoritariamente ao art. 18 da Lei da Ação Civil Pública: todo co-legitimado está isento da verba de sucumbência, salvo comprovada má-fê.

5. Atribuição e Competência

Estamos convictos de que a *especialização* é a melhor solução para que o Ministério Público atinja resultados mais satisfatórios na tutela dos direitos. Na pesquisa que realizamos, identificamos que os Estados comumente criam Promotorias especializadas para a defesa dos direitos dos idosos juntamente com a defesa dos direitos de pessoas portadoras de deficiência, como ocorre, por exemplo, em Minas Gerais, no Maranhão, no Rio de Janeiro e no Distrito Federal, havendo inclusive uma Associação Nacional dos Membros do Ministério Público de Defesa dos Direitos dos Idosos e Pessoas com Deficiência – AMPID²⁷. Em São Paulo, há atribuição exclusiva para a defesa do idoso, sendo que desde 1997 há um Grupo de Atuação Especial de Proteção ao Idoso. Outro ponto importante é a necessidade de as Promotorias contarem com o auxílio técnico de profissionais de outras áreas, como médicos, engenheiros, assistentes sociais, psicólogos, sanitaristas, contadores etc., revelando que não é possível uma tutela adequada apenas com conhecimentos jurídicos. Evidentemente há restrições orçamentárias que impedem uma composição estrutural próxima ao ideal, mas isso não pode significar que tal realidade seja ignorada e não sejam tomadas as mínimas providências para adequar o Ministério Público a essa nova e irreversível realidade. Especialização e formação de grupo de apoio técnico a seus membros são componentes imprescindíveis para a otimização da tutela coletiva pelo Ministério Público.

No que se refere à competência, enquanto o Ministério Público vem se especializando cada vez mais na tutela coletiva, o Judiciário não parece se preocupar em criar varas especializadas em julgamentos de causas que envolvam direitos transindividuais. Parece-nos que, para uma maior efetividade da tutela dos direitos, também ao Judiciário caberia a especialização da competência. Entretanto, não temos notícia da criação de nenhuma vara com competência exclusiva para matéria referente aos idosos. A outra observação que deve ser feita é sobre o art. 80 do Estatuto do Idoso, que dispõe que o critério para fixação da competência para o julgamento das ações coletivas será o domicílio do idoso, sendo que a competência é absoluta. Tal regra discrepa do sistema processual coletivo, que prevê o local do dano como critério para a determinação da competência (art. 2º da Lei da Ação Civil Pública e art. 93 do Código do Consumidor). O local onde ocorreu (ou ocorreria) o dano foi o critério escolhido pelo sistema processual coletivo em razão das melhores condições para o julgamento da causa e acompanhamento pelo Ministério Público, inclusive facilitando a produção de provas. (PIZZOL, 2003, p. 573-574). Não desconhecemos que o critério do local do dano também enseja sérias controvérsias, como

²⁷ O endereço eletrônico da associação é www.ampid.org.br.

nas hipóteses de dano de alcance regional ou nacional, da ausência de seção de Justiça Federal no local do dano e de conexão, mas nos parece ainda ser a melhor regra.²⁸

6. Considerações Finais: o Ministério Público, a tutela coletiva de direitos e o acesso à Justiça

Em pesquisa realizada no programa de pós-graduação em Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Carneiro (1999) anotou que, ao se limitar indevidamente a legitimidade do Ministério Público, “[...] do ponto de vista prático, uma grande parte das pessoas do povo deixará de ter acesso à justiça, pois o Ministério Público é o legitimado que mais atua nesse campo, sendo que não foi constatado na pesquisa um único caso de defesa de direito individual homogêneo por associação”.²⁹

Negar legitimidade ao Ministério Público para a tutela coletiva dos direitos pode significar um amesquinamento ou uma mutilação da garantia constitucional do acesso à justiça³⁰. Se é verdade que “[...] a igualdade perante a lei coexiste com uma grande desigualdade perante os tribunais” (SANTOS, 1996, p. 690), as ações coletivas e a legitimação do Ministério Público servem exatamente para amenizar essa desigualdade e possibilitar uma adequada tutela dos direitos. Por fim, ilustramos a importância da tutela dos direitos dos idosos com mais uma passagem de Beauvoir (1990, p. 12):

Paremos de trapacear; o sentido de nossa via está em questão no futuro que nos espera; não sabemos quem somos, se ignorarmos quem seremos: aquele velho, aquela velha, reconheçamo-nos neles. Isso é necessário, se quisermos assumir em sua tota-

²⁸ Como bem observou Yarshell [S.d.], “[...] parece correto dizer que: a) nem sempre o domicílio do idoso será o valor mais relevante sob a ótica da ordem pública e b) nem sempre a imposição do foro do domicílio do idoso será a mais benéfica para ele próprio. [...] A interpretação que há de se ter do dispositivo legal, portanto, deve buscar a harmonia entre a) a preservação dos interesses do idoso, facilitando-lhe o acesso (e não o contrário!); b) o equilíbrio entre as partes no processo, não se podendo extrair da regra um tratamento discriminatório incompatível com a condição do idoso e c) a preservação de outros interesses relevantes para a ordem pública, que também sejam critérios determinantes da competência”.

²⁹ Com propriedade, anota Campilongo (2000, p. 109) que vem aumentando o fenômeno segundo o qual o judiciário vem deixando de enfrentar a matéria de mérito em questões complexas, invariavelmente envolvendo direitos fundamentais, julgando-se quase tudo com “[...] pretexto de natureza processual”, ensejando um “[...] perverso fenômeno de utilização do Direito para o descumprimento do Direito por meio de pretextos jurídicos”.

³⁰ Deve ser evitado qualquer traço de ufanismo em relação ao Ministério Público, já que a consciência das limitações e das dificuldades é requisito imprescindível para o constante desenvolvimento institucional. A auto-suficiência é inimiga do aperfeiçoamento institucional. O otimismo exagerado revela prepotência e invariavelmente é um prenúncio de decepcionante desempenho. O desejo de onipotência só pode resultar em prejuízos para o Ministério Público e para a sociedade. É oportuna a transcrição do seguinte trecho de autoria de Moreira (1997, p. 21), “[...] o que não podemos é ser desmedidamente ambiciosos. Acalentar expectativas altas demais expõe-nos ao perigo de cair com facilidade em negativismo extremado. Nutre-se o pessimismo, com frequência, da amargura causada pela decepção: convencidos de ser inatingível o ideal, que ingenuamente supuseramos ao alcance da nossa mão, passamos a descrever da possibilidade de dar quaisquer passos, pequenos que sejam, na direção daquele. A ilusão da onipotência torna-se a véspera do cepticismo integral. Destarte, não poucas vezes, o talento do progressista desencantado acaba paradoxalmente posto a serviço do mais empedernido conservadorismo”.

lidade nossa condição humana. Para começar, não aceitaremos mais com indiferença a infelicidade da idade avançada, mas sentiremos que é algo que nos diz respeito. Somos nós os interessados.

7. Bibliografia

ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Tradução Ernesto Garzón Valdés. Madri: Centro de Estudios Políticos e Constitucionales, 2001.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual*. São Paulo: Saraiva, 2003.

ALMEIDA, João Batista de. *Aspectos controvertidos da ação civil pública*. São Paulo: RT, 2002.

ARENHART, Sérgio da Cruz. Ação Civil Pública. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 117, set./out. 2004.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2003.

BEAUVOIR, Simone de. *A velhice*. Tradução Maria Helena Franco Monteiro. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1990.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Legitimidade processual e legitimidade política. In: SALLES, Carlos Alberto de. (Org.). *Processo civil e interesse público: o processo como instrumento de defesa social*. São Paulo: RT/APMP, 2003.

BIDART CAMPOS, Germán J. Reflexiones constitucionales sobre el acceso a la justicia, el proceso e la legitimación. In: GOZAINI, Osvaldo A. *La legitimación en el proceso civil*. Buenos Aires: Edias, 1996.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 163.231-SP. Relator: Min. Maurício Corrêa. Brasília, 29 de junho de 2001.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental nº 1.411/DF. Relator: Min. Edson Vidigal. Brasília, 6 de dezembro de 2004c.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 49272-6/RS. Relator: Min. Demócrito Reinaldo. Brasília, 17 de outubro de 1994.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 522827/MT. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, 19 de dezembro de 2003.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 284614/RJ. Relator: Min. Francisco Peçanha Martins. Brasília, 26 de abril de 2004a.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 637332/RR. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, 13 de dezembro de 2004b.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 242643/SC. Relator: Min. Ruy Rosado. Brasília, 18 de dezembro de 2000a.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 211019/SP. Relator: Min. Félix Fischer. Brasília, 8 de maio de 2000b.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 439509/SP. Relator: Min. Barros Monteiro. Brasília, 30 de agosto de 2004a.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 403599/PR. Relator: Min. Eliana Calmon. Brasília, 12 de maio de 2003.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Tutela jurisdicional dos consumidores. In: CHAVES, Cristiano de Farias; DIDIER JÚNIOR, Fredie. (Coord.) *Procedimentos especiais*. São Paulo: Saraiva, 2003.

CAMARANO, Ana Amélia; KANSO, Solange; MELLO, Juliana Leitão. Como vive o idoso brasileiro. In: _____. *Os novos idosos brasileiros: muito além dos 60?* Rio de Janeiro: IPEA, 2004.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. Direitos fundamentais e Poder Judiciário. In: _____. *O Direito na sociedade complexa*. São Paulo: Max Limonad, 2000.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

CAPPELLETTI, Mauro. O acesso dos consumidores à Justiça. *Revista de processo*, n. 62, abr./jun. 2001.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Acesso à Justiça*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

DALLARI, Adilson de Abreu. Limitações à atuação do MP na ação civil pública. In: BUENO, Cássio Scarpinella; PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende. (Coord.). *Improbidade administrativa*. São Paulo: Malheiros, 2001.

DELGADO, Guilherme C.; CARDOSO JÚNIOR, José Celso. O idoso e a previdência rural no Brasil: a experiência recente da universalização. In: CAMARANO, Ana Amélia.

Os novos idosos brasileiros: muito além dos 60? Rio de Janeiro: IPEA, 2004.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. v. 1.

DINAMARCO, Pedro da Silva. *Ação civil pública*. São Paulo: Saraiva, 2001.

GIDI, Antonio. *A class action como instrumento de tutela coletiva de direitos: as ações coletivas em uma perspectiva comparada*. Tese (Doutorado) – PUC, São Paulo, 2003.

GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel. Estatuto do Idoso: Lei Federal 10.741/2003, aspectos processuais, observações iniciais. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, n. 12, mar. 2004.

GONZÁLES PÉRES, Jesús. *El derecho a la tutela jurisdiccional*. 3. ed. Madri: Civitas, 2001.

GOUVÊA, Marcos Antônio Marelli. *O controle judicial das omissões administrativas*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação e aplicação do Direito*. São Paulo: Malheiros, 2002.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A ação civil pública e a defesa dos direitos individuais homogêneos. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 5, jan./mar. 1993.

LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*. São Paulo: RT, 2002.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública*. 9. ed. São Paulo: RT, 2004.

_____. *Ação civil pública*. 6. ed. São Paulo: RT, 1999.

MARIONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. São Paulo: RT, 2001.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. Ação civil pública para defesa de direitos individuais disponíveis e divisíveis. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 75, jul./set. 1994.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual*. São Paulo: Saraiva, 1977. (Primeira Série).

_____. *Temas de direito processual*. São Paulo: Saraiva, 1984. (Terceira Série).

_____. *Temas de direito processual*. São Paulo: Saraiva, 1994. (Quinta Série).

_____. *Liquidação extrajudicial: pagamento integral dos credores, efeitos. Direito Aplicado II*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. (Pareceres).

NEGRÃO, Ricardo. *Ações coletivas: enfoque sobre a legitimidade ativa*. São Paulo: Leud, 2004.

NERY JÚNIOR, Nelson. A ação civil pública no processo do trabalho. In: MILARÉ, Edis. (Coord.). *Ação Civil Pública – 15 anos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

PAULA, Adriano Perácio de. Sobre a Lei 8.429, de 1992, e a atuação do Ministério Público nas ações de improbidade no processo civil. In: BUENO, Cássio Scarpinella; PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende. (Coord.). *Improbidade administrativa*. São Paulo: Malheiros, 2001.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *A natureza jurídica do direito individual homogêneo e sua tutela pelo Ministério Público como forma de acesso à Justiça*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

PIZZOL, Patrícia Miranda. *A competência no processo civil*. São Paulo: RT, 2003.

PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madri: Centro de Estudios políticos y Constitucionales, 2003.

REALE, Miguel. *Da ação civil pública: questões de direito público*. São Paulo: Saraiva, 1997.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação em Reexame Necessário nº 70008257388. Relator: Des. Wellington Pacheco Barros. Porto Alegre, 26 de maio de 2004.

ROCHA, Daniel Machado da. *O direito fundamental à Previdência Social*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

RODRIGUES, Geisa de Assis. *Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Ação civil pública e meio ambiente*. 2. ed. São Paulo:

Forense Universitária, 2004.

SANTOS, Boaventura de Souza et al. *Os tribunais nas sociedades contemporâneas: o caso português*. 2. ed. Porto: Afrontamento, 1996.

SCHMITT, Cristiano Heineck. Indenização por dano moral do consumidor idoso no âmbito dos contratos de planos e de seguros privados de assistência à saúde. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 51, jul./set. 2004.

SOUZA, Sérgio Ricardo. Ação civil pública e legitimidade no Estatuto do Idoso. In: LEITE, Carlos Henrique Bezerra. (Coord.). *Direitos metaindividuais*. São Paulo: LTr, 2005.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

TUCCI, Rogério Lauria. Ação civil pública: abusiva utilização pelo Ministério Público e distorção pelo Judiciário. *Revista Síntese de Direito Civil e Direito Processual Civil*, n. 18, jul./ago. 2002.

VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Tutela jurisdicional coletiva*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

WALD, Arnoldo. (Coord.). *Aspectos polêmicos da ação civil pública*. São Paulo: RT, 2003.

WATANABE, Kazuo. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

YARSHELL, Flávio Luiz. (s.d.) *Competência no estatuto do idoso: Lei n. 10.741/2003*. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em 7 abr. 2005.

ZAVASCKI, Teori Albino. Defesa de direitos coletivos e defesa coletiva de direitos. *Revista de Processo*, n. 78, abr./jun. 1995.

_____. Ministério Público e defesa de direitos individuais homogêneos. *Revista Trimestral de Direito Público* n. 7, 1994.