

# Boletim Científico

Escola Superior do Ministério Público da União

# Seção II

Interesses Difusos e Coletivos

# Inconstitucionalidade do artigo 5º, II, da Lei n. 7.347/1985: afrenta à unidade e indivisibilidade do Ministério Público

Anderson Lodetti Cunha de Oliveira\*

**Sumário:** 1 Introdução. 2 Unidade e indivisibilidade sob o ponto de vista externo. 3 Atividade típica do Ministério Público. 4 Inconstitucionalidade do art. 5º, II, da Lei n. 7.347/1985. 5 Conclusão.

## 1 Introdução

O objetivo deste artigo é demonstrar que a legitimidade conferida à Defensoria Pública para a propositura de ações civis públicas é inconstitucional, por ofender os princípios institucionais da unidade e indivisibilidade do Ministério Público.

A Lei n. 11.448/2007 alterou a redação do art. 5º da Lei n. 7.347/1985, atribuindo à Defensoria Pública a legitimidade para a proposição de ações civis públicas para a tutela de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. Essa alteração modificou completamente a natureza da Defensoria Pública, transformando-a em ente legitimado para atuar, em nome próprio, em defesa da ordem jurídica, legal e constitucional. Atribuiu à Defensoria Pública atividade exclusiva do Ministério Público, ocorrendo, na prática, a criação de

---

\* Anderson Lodetti Cunha de Oliveira é Procurador da República em Santa Catarina, mestre em Criminologia e Políticas Criminais pela Universidade Federal de Santa Catarina e professor da Unoesc/Joaçaba.

outra Instituição com a mesma natureza deste. Duplicação vedada pelo art. 127, § 1º, da Constituição da República Federativa do Brasil.

Para demonstrar que a legitimidade ativa da Defensoria Pública para a tutela coletiva é ofensiva aos princípios da unidade e indivisibilidade, necessário passar por alguns aspectos. Em primeiro lugar, demonstrar que a unidade e a indivisibilidade são princípios que devem ser analisados sob o ponto de vista interno e externo. Depois, dissertar sobre em que consiste a atividade típica do Ministério Público, que é una e indivisível tal qual a atividade jurisdicional.

Por fim, demonstrar que a legitimação dada pelo novel art. 5º, II, da Lei n. 7.347/1985 ofendeu a unidade e a indivisibilidade do Ministério Público ao atribuir a outro órgão o exercício de atividade que lhe é privativa. Criar outra instituição com a mesma atribuição de defesa da ordem jurídico-constitucional, de forma autônoma e imparcial, é criar outra “magistratura ativa” (*Parquet*), o que foi vedado pelo art. 127, § 1º, da Constituição da República.

## **2 Unidade e indivisibilidade sob o ponto de vista externo**

A indivisibilidade e a unidade costumam ser abordadas, pela doutrina especializada e pelos próprios tribunais, como aspectos internos da organização do Ministério Público. Comum encontrar definições pouco esclarecedoras sobre o assunto, porque restritas ao âmbito interno do Ministério Público.

Cito a definição de Hugo Nigro Mazzilli e de José Eduardo Sabo Paes:

Unidade significa que os membros do Ministério Público integram um só órgão sob a direção de um só chefe; indivisibilidade significa

que seus membros podem ser substituídos uns pelos outros, não arbitrariamente, mas segundo forma estabelecida na lei<sup>1</sup>.

Segundo o princípio de unidade, sempre que um membro do Ministério Público está atuando, qualquer que seja a matéria, o momento e o lugar, sua atuação será legítima se estiver dirigida a alcançar as finalidades da Instituição. Em outras palavras, todos os membros de um determinado Ministério Público formam parte de um único órgão sob a direção do mesmo chefe; a divisão do Ministério Público em diversos organismos se produz apenas para lograr uma divisão racional do trabalho, mas todos eles atuam guiados pelos mesmos fundamentos e com as mesmas finalidades, constituindo, pois, uma única Instituição.

Pelo princípio da indivisibilidade quem está presente em qualquer processo é o Ministério Público, ainda que seja por intermédio de um determinado promotor ou procurador de justiça. Por isso, a expressão “representante do Ministério Público” não é tecnicamente adequada para a eles se referir. Esse princípio permite que os membros da Instituição possam ser substituídos uns por outros no processo, não de uma maneira arbitrária, senão nos casos legalmente previstos (promoção, remoção, aposentadoria, morte etc.) sem que isso constitua qualquer alteração processual<sup>2</sup>.

Nelas está consignado que a indivisibilidade e a unidade institucionais são regras para a divisão interna de atribuições. Inclusive, nesse conceito, a própria ideia de unidade não fica muito clara, porque asseverar que o Ministério Público é uma só instituição sob uma só chefia e com um único objetivo é assemelhar o princípio da unidade à unidade que existe em qualquer órgão da Administração. Afinal, sempre que um fiscal da Receita Federal, por exemplo, está atuando, considera-se que é a própria Receita Federal que está atuando<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> MAZZILLI, 2007a, p. 71.

<sup>2</sup> PAES, 2003, p. 52.

<sup>3</sup> O direito administrativo costuma trabalhar com a teoria organicista, na qual o agente público é parte da própria Administração, como os pés e as mãos são parte do corpo humano.

Esse conceito de unidade é de pouca utilidade para diferenciar da unidade inerente a todos os órgãos públicos.

O conceito de indivisibilidade ainda apresenta algumas peculiaridades, sob o ponto de vista interno, que são interessantes. O principal deles é o da possibilidade de que todos os membros do Ministério Público sejam substituídos, uns pelos outros, sem ofensa a direito algum das partes. Mesmo assim, esse princípio parece muito com o princípio da unidade, em que cada membro é visto como integrante de um todo.

Hugo Nigro Mazzilli, tolhido por essa visão restritiva, que só aborda o ponto de vista interno, chega ao ponto de afirmar que não existe unidade no Ministério Público brasileiro, porque há o Ministério Público dos Estados e o da União, sendo este dividido em quatro ramos<sup>4</sup>.

Essa abordagem não é equivocada, mas apenas limitada. A indivisibilidade e a unidade do Ministério Público também são princípios institucionais sob uma *perspectiva externa*, em sua posição institucional no cenário político-administrativo desenhado pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

O que significa definir que o Ministério Público é uma instituição una e indivisível? Significa atribuir à atividade do Ministério Público a mesma qualidade que goza a manifestação judicial: unidade e indivisibilidade. O que é uno e indivisível é a natureza da atividade do Ministério Público, como é una e indivisível a natureza da atividade do Poder Judiciário (jurisdição).

O Poder Judiciário quando decide um caso concreto o faz de forma definitiva, porque a jurisdição é una e indivisível. Está em todas as doutrinas processuais, quando abordam a competência, o

---

<sup>4</sup> MAZZILLI, 2007a, p. 72.

chamado de atenção para essa característica da jurisdição: unidade e indivisibilidade.

A jurisdição, que integra as faculdades da soberania estatal, ao lado do poder de legislar e de administrar a coisa pública, vem a ser, na definição de Couture, a função pública, realizada por órgãos componentes do Estado, com as formas requeridas pela lei, em virtude da qual, por ato de juízo, se determina o direito das partes com o objetivo de dirimir seus conflitos e controvérsias de relevância jurídica, mediante decisões com autoridade de coisa julgada, eventualmente passíveis de execução. *Como função estatal, a jurisdição é, naturalmente, una.* Mas seu exercício, na prática, exige o concurso de vários órgãos do Poder Público. A competência é justamente o critério de distribuir entre os vários órgãos judiciários as atribuições relativas ao desempenho da jurisdição<sup>5</sup>.

Também Luiz Rodrigues Wambier, Flávio Renato Correia de Almeida e Eduardo Talamini:

Jurisdição é a função do Estado, decorrente de sua soberania, de resolver os conflitos, na medida em que a ela sejam apresentados, em lugar daqueles que no conflito estão envolvidos, através da aplicação de uma solução contida no sistema jurídico. Enquanto se trate de uma das formas de exercício do poder do Estado, a jurisdição é una<sup>6</sup>.

Então, quando um juiz de Direito do interior de Alagoas absolve um réu, quem o fez foi o Judiciário. O que se diz é que “o Judiciário absolveu o réu”. O réu mesmo vai afirmar: “o Judiciário me absolveu”. O mesmo ocorre quando um juiz do Trabalho condena uma empresa ou um tribunal julga um recurso e decide o caso. Em todos esses casos, a jurisdição, que é a fração de poder político dada ao Judiciário, é aplicada de forma una e indivisível.

O mesmo acontece com o Ministério Público na sua parcela de poder político. Ao Ministério Público foi dado, com exclusividade,

---

<sup>5</sup> THEODORO JR., 2005, p. 176.

<sup>6</sup> WAMBIER; ALMEIDA; TALAMINI, 2007, p. 93.

a decisão acerca da formação da *opinio delicti* e da persecução penal contra os cidadãos e a exclusividade da ação civil para a defesa da ordem jurídico-constitucional de forma autônoma e imparcial. Nenhum outro órgão de Estado tem esse poder. E essa é fração do poder político estatal também, tanto quanto a jurisdição, a legislação e a administração.

Logo, quando um promotor de Justiça do Estado de São Paulo determina o arquivamento do inquérito, quem o fez foi o Ministério Público, não o Ministério Público do Estado de São Paulo. O Ministério Público entendeu que aquele cidadão não deve ser processado criminalmente. Assim também ocorre quando o procurador da República apela em favor de uma parte incapaz, visando obter a reversão de uma decisão de primeiro grau. Quem está a tutelar o interesse indisponível, no caso, é o Ministério Público.

Também ocorre essa situação quando o Ministério Público do Trabalho, por exemplo, após verificar que trabalhadores estão sujeitos a situação degradante ou insalubre, propõe uma ação civil pública visando paralisar uma fábrica. Foi o Ministério Público que decidiu utilizar da ação civil para tutela dos direitos coletivos.

A atividade do Ministério Público é sempre o exercício, no caso concreto, da parcela de poder que o constituinte lhe atribuiu, de forma una e indivisível. Quem arquiva, recorre, propõe ação civil é o Ministério Público.

Equívocada a ideia de que somente os ramos do Ministério Público é que são unos e indivisíveis. Seria o mesmo que asseverar que somente os ramos do Judiciário é que exercem atividade una e indivisível. Na verdade, a atividade do Ministério Público, assim como a jurisdição, é una e indivisível, sendo os ramos mera distribuição de atribuições/competências.

O que existe é a parcela de poder dada ao Ministério Público pela Constituição de 1988. Identificada essa parcela de poder, toda vez que ela for exercida o será de forma una e indivisível, como é a jurisdição (parcela de poder do Judiciário). Mais fácil visualizar a unidade da parcela de poder do Judiciário, porque ela tem um nome que já se tornou clássico: jurisdição. A parcela de poder do Ministério Público não tem nome (“ministeriança”, com o devido respeito, seria um nome um tanto estranho), mas esse “ministério público” que exerce é também uno e indivisível.

Denise Neves Abade sustenta que o membro do Ministério Público é agente político, porque exerce parcela de poder estatal soberano com autonomia e independência funcional:

[...] há de se inquirir sobre o exercício com exclusividade de uma função do Poder de Estado com independência funcional. Quanto ao exercício exclusivo de uma função do Poder de Estado, no caso do membro do Ministério Público, assinala Mazzilli que o Ministério Público, mesmo não sendo Poder de Estado reconhecido pelo artigo 2º da Constituição de 1988, exercita parcela significativa da soberania, ao condicionar o desencadear do *jus puniendi* estatal ao seu único convencimento, porque é titular privativo da ação penal pública. Essa titularidade da ação penal pública é ainda de maior relevo no Brasil, uma vez que predominam na legislação penal os crimes de ação penal pública. Como preleciona Scarance Fernandes, a repulsa à iniciativa do ofendido e o estabelecimento do sistema acusatório fez com que ao Estado, por meio do Ministério Público, coubesse a legitimidade para acusar. Salienta o autor, ainda, que tal exclusividade do *Parquet* retirou dos demais órgãos da Administração Pública a legitimidade de ofertar a acusação<sup>7</sup>.

Francisco Dias Teixeira aponta que a função do Ministério Público é função de soberania e relembra as palavras de Alfredo Valladão, já em 1914:

---

<sup>7</sup> ABADA, 2003, p. 42.

As funções do Ministério Público subiram, pois, ainda mais, de autoridade em nossos dias. Ele se apresenta com a figura de um verdadeiro poder do Estado. Se Montesquieu tivesse escrito hoje *O Espírito das Leis*, por certo não seria tríplice, mas quádrupla, a “Divisão dos Poderes”. Ao órgão que “legisla”, ao que “executa”, ao que “julga”, um outro órgão acrescentaria ele – o que “defende” a Sociedade e a Lei perante a Justiça, parta a ofensa donde partir, isto é, dos indivíduos ou dos próprios poderes do Estado!<sup>8</sup>

Então, assentado que o Ministério Público exerce parcela do poder soberano estatal com exclusividade, cabe analisar em que consiste essa atividade.

### **3 Atividade típica do Ministério Público**

Qual a parcela de poder que a Constituição da República Federativa do Brasil definiu para o Ministério Público? Está no art. 127 e art. 129 da CRFB, consagrando a tradição de “advogado da lei e da ordem pública”, dividindo-se em duas grandes matrizes: a) exercício exclusivo da ação penal pública; b) defesa autônoma e independente da ordem jurídico-constitucional. O item “b” materializa-se por meio de várias ações, judiciais e extrajudiciais, para: b.1) defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis; b.2) defesa dos valores constitucionais, como patrimônio histórico, artístico, cultural, patrimônio público e social, o meio ambiente, a ordem econômica, os direitos sociais e de minorias; b.3) defesa da legalidade e lisura do processo eleitoral. Por essa natureza o Ministério Público é conhecido como o fiscal da lei, ou o defensor da legalidade, *custos legis*.

Essa natureza de defensor autônomo e imparcial da ordem jurídica nasceu há muito, como lembra Roberto Lyra, ao asseverar que no Decreto n. 1.030, de 14 de novembro de 1890, o Ministério Público já figurava como:

---

<sup>8</sup> VALLADÃO apud TEIXEIRA, 2003, p. 11.

o advogado da lei, o fiscal de sua execução, o procurador dos interesses gerais, o promotor da ação pública contra toda violação de direito, o assistente dos sentenciados, dos alienados, dos asilados e dos mendigos, requerendo o que for a bem da justiça e dos deveres de humanidade<sup>9</sup>.

A leitura do art. 127, *caput*, da CRFB não deixa dúvidas de que a função de defensor autônomo e imparcial da ordem jurídico-constitucional (constituição e seus valores e da lei válida) foi atribuída ao Ministério Público.

O Estado Democrático de Direito é aquele no qual os poderes constituídos estão todos sujeitos às regras constitucionais, seus princípios e valores. Não há Estado Democrático de Direito onde a Constituição seja mero documento declaratório, sem força vinculante. O Ministério Público foi colocado, pelo constituinte de 1988, na condição de guardião ativo da ordem jurídico-constitucional, ao lado do Poder Judiciário.

O Poder Judiciário deve garantir que sempre, em qualquer hipótese, o julgamento da lide seja de acordo com os ditames constitucionais. Mas o Judiciário é poder inerte por natureza, jamais podendo tomar iniciativa, sob pena de comprometer sua imparcialidade. Segundo Sérgio Porto:

[...] em hipótese alguma pode o Estado-Jurisdição ter sua imparcialidade comprometida, sob pena de resultar injustificada sua existência. Daí se afirmar que a jurisdição – com o fito de ter garantida a imparcialidade – é inerte. Contudo, não pode este mesmo Estado quedar inerte frente a determinadas situações que lhe cabe solver. Não podendo omitir-se nem mesmo outorgar iniciativa à jurisdição, pena de comprometer sua imparcialidade, legitimou outra instituição integrante de sua estrutura política para a tomada de iniciativas. Desta forma, como consequência da inércia dos órgãos judiciários e frente à necessidade de o Estado agir em determinadas

---

<sup>9</sup> LYRA apud PAES, 2003, p. 50.

hipóteses, foi legitimado o Ministério Público para fazê-lo ou, dito de outro modo, para exercer o direito de agir do Estado<sup>10</sup>.

Por isso a Constituição da República atribuiu ao Ministério Público a função de ser o guardião ativo das normas constitucionais, dando-lhe o mesmo estatuto dos membros do Poder Judiciário, garantindo sua independência funcional, vitaliciedade, autonomia administrativa e orçamentária. O Ministério Público é o *Parquet*, ou seja, o magistrado que atua de pé, no sentido de que tem compromisso único e exclusivo com a lei (em sentido de norma válida), tal qual o magistrado “sentado” (Poder Judiciário).

Até mesmo a própria legitimidade exclusiva para a persecução penal na ação penal pública é decorrente dessa natureza de defensor autônomo e imparcial da ordem jurídica. A persecução penal tinha por base a imposição de pena àquele que violou a lei, atentou contra a ordem jurídica, sendo o Ministério Público o responsável pela sua defesa.

Essa matriz criminal, de defesa da lei, evoluiu com o tempo e a sociedade, indo à condição de *custos legis* em casos que envolvessem incapazes, questões de especial interesse social (direito de família), até os dias atuais, quando se sabe que existem outras agressões contra a lei que ofendem coletividades, determinadas ou não.

Então, ao entregar a função de fiscal da ordem jurídica ao Ministério Público o constituinte apenas consolidou a vocação desse órgão, que nasceu para a defesa da lei por meio da acusação criminal, da intervenção no processo civil e das ações civis de toda ordem.

Por isso Hugo Nigro Mazzilli denomina essas tarefas de “funções típicas”, que, segundo ele,

---

<sup>10</sup> PORTO, 1998, p. 26.

É o caso da promoção da ação penal pública, da promoção da ação civil pública, da defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, do zelo pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados na Constituição etc.<sup>11</sup>.

Segundo Alexandre de Moraes,

A Constituição Federal de 1988 ampliou sobremaneira as funções do Ministério Público, transformando-o em verdadeiro defensor da sociedade, tanto no campo penal com a titularidade exclusiva da ação penal pública, quanto no campo cível como fiscal dos demais Poderes Públicos e defensor da legalidade e moralidade administrativa, inclusive com a titularidade do inquérito civil e da ação civil pública<sup>12</sup>.

O constituinte conhece a realidade do cenário político e sabia que de pouca valia seria determinar vários deveres aos poderes responsáveis pela implementação de seus ideais (Executivo e Legislativo), sem que houvesse um órgão autônomo e independente para fiscalizar esse cumprimento. De nada adiantariam normas constitucionais que dependessem unicamente da vontade dos políticos para sua implementação. Para garantir seu cumprimento, o constituinte dotou o membro do Ministério Público de independência funcional para que a iniciativa na defesa da ordem jurídica não fosse contaminada por interesse algum, seja de governo, seja de particulares. Dotou a instituição de independência administrativa, financeira e orçamentária.

Novamente as palavras de Alexandre de Moraes:

Analisando estas importantes funções do Ministério Público, o Ministro Sepúlveda Pertence afirmou que o legislador constituinte concedeu uma “*titularidade genérica para promover medidas necessárias à proteção da vigência e da eficácia da Constituição*”, e mais adiante, comenta a introdução da legitimação para “*uma proteção a patrimônio*”

---

<sup>11</sup> MAZZILLI, 2007a, p. 126.

<sup>12</sup> MORAES, 2004, p. 520.

*público*”, concluindo que a Constituição introduziu ao Ministério Público “*vigilância ativa com legitimação processual, sob a legalidade da administração*”. Esta atuação do Ministério Público visa adequar o nosso ordenamento jurídico à tendência contemporânea de todo o Direito Constitucional universal, que é impedir, de todas as formas possíveis, o desrespeito sistemático às normas constitucionais, que conduz à erosão *da própria consciência constitucional*<sup>13</sup>.

A independência funcional, consagrada no art. 127, § 1º, da CRFB, deu aos membros do Ministério Público o instrumental necessário para atuar, judicial e extrajudicialmente, na implementação dos valores, princípios e normas constitucionais, defendendo a ordem jurídica contra todo o tipo de agressão (o crime, a lesão ambiental, o dano civil ao erário etc.). Sem nenhuma vinculação e sem nenhum interesse prévio, a independência funcional transformou o Ministério Público no guardião ativo da Constituição e das leis válidas (o Judiciário é o guardião passivo, também com independência funcional).

Como assevera Francisco Dias Teixeira, a defesa da ordem jurídico-constitucional, por meio da ação civil pública para proteção de um direito ou interesse difuso ou coletivo, traz consigo uma decisão política que somente pode ser tomada por um órgão com independência funcional e plena autonomia. Afinal, as ações coletivas sempre resultam em choque de direitos e valores, sendo política a decisão dos termos e dos objetivos que serão perseguidos com ela<sup>14</sup>.

Sem dúvida o constituinte colocou o Ministério Público ao lado dos outros três Poderes clássicos, dando-lhe as mesmas garantias pessoais e institucionais e atribuindo-lhe uma tarefa específica: a defesa da ordem jurídico-constitucional<sup>15</sup>. Para garantir que essa

---

<sup>13</sup> MORAES, 2004, p. 523.

<sup>14</sup> TEIXEIRA, 2003, p. 13.

<sup>15</sup> Há alguns autores que descaracterizam o Ministério Público como poder, asseverando que as agências controladoras (ANEEL, ANATEL etc.) também têm independência funcional e

parcela de poder fosse exercida somente pelo Ministério Público, definiu-o como “uno e indivisível” (CRFB, art. 127, § 1º).

Alexandre de Moraes aduz que as garantias e prerrogativas não são privilégios, mas sim instrumentos para o bom desempenho das funções-deveres do Ministério Público:

As garantias constitucionais dos membros do Ministério Público, portanto, são garantias da própria sociedade, de que a Instituição, incumbida pela Constituição de ser a guardiã da legalidade formal e material das liberdades públicas, do regime democrático e da Separação dos Poderes, contra os abusos do poder Estatal, não sofra pressões odiosas no exercício de seu mister<sup>16</sup>.

Esta é a natureza da atividade do Ministério Público: atuação autônoma, independente e imparcial, para garantia da manutenção da ordem jurídica. Não existe outra instituição pública no ordenamento jurídico constitucional que tenha recebido essa incumbência.

Essa natureza de sua atividade é de unidade e indivisibilidade semelhante à natureza da atividade do Judiciário. Ninguém cogitaria possível instituir outro órgão público com competência para decidir uma lide com caráter definitivo. Por que não? Porque é inerente à ideia de jurisdição a unidade e a indivisibilidade. Se assim procedesse, estar-se-ia criando um outro “judiciário”, o que não existe, porque Judiciário é um só.

A mesma questão se coloca para o Ministério Público. É possível instituir outro órgão público para exercer a ação penal? É possível instituir outro órgão público para ser o fiscal da ordem jurídico-constitucional, de forma independente e imparcial? A res-

---

autonomia administrativa e financeira. O equívoco do raciocínio está em não perceber que as autarquias são criadas pelo legislador ordinário e têm seu regime jurídico todo sujeito à lei ordinária. O Ministério Público não está sujeito ao legislador ordinário.

<sup>16</sup> MORAES, 2004, p. 537.

posta há de ser negativa, porque essa atribuição é do Ministério Público, uno e indivisível.

Esse é o correto entendimento de Ricardo Cunha Chimenti, Fernando Capez, Marcio Elias Rosa e Marisa F. Santos:

o princípio da unidade do Ministério Público, previsto no art. 127, § 1º, da Constituição Federal, *corresponde à impossibilidade de atribuição das funções ministeriais a mais de uma carreira do Estado; a instituição é una; única a desempenhar o papel confiado ao Ministério Público. Na estrutura material do Estado não haverá outra Instituição com idênticas funções ou perfil constitucional*<sup>17</sup>.

A unidade é da natureza da atividade ministerial, que somente compete ao Ministério Público, por sua qualidade de instituição permanente e essencial à atividade jurisdicional do Estado, conforme prevê o art. 127 da Constituição da República.

#### **4 Inconstitucionalidade do art. 5º, II, da Lei n. 7.347/1985**

A nova redação do art. 5º, II, da Lei n. 7.347/1985, alterada pela Lei n. 11.448/2007, afronta a Constituição da República em seu art. 127, § 1º. Ao atribuir a outro órgão público a mesma legitimidade do Ministério Público, o legislador ordinário rompeu com a unidade e a indivisibilidade do Ministério Público. Instituiu, em duplicidade, órgão com legitimidade para, em seu próprio nome, defender a ordem jurídico-constitucional por meio da ação civil pública.

A Defensoria Pública é órgão público instituído pela Constituição de 1988 com uma atribuição bem definida: a orientação jurídica e a defesa judicial dos necessitados na forma do art. 5º,

---

<sup>17</sup> CHIMENTI; CAPEZ; ROSA; SANTOS, 2006, p. 435 [grifo nosso].

LXXIV. A função da Defensoria Pública é o suprimento da capacidade postulatória daqueles que não têm condições econômicas de contratar um advogado. O defensor público é um advogado cedido pelo Estado para o cidadão necessitado.

Tanto que a Defensoria Pública está colocada ao lado da Advocacia, na Seção III do Capítulo IV do Título IV. *O defensor público não tem legitimidade nem interesse processual, porque jamais pode atuar em seu nome.* O defensor público atua com mandato, em nome do cidadão necessitado, este sim se sujeitará ao crivo das condições da ação: ser parte legítima e ter interesse processual.

O art. 5º, II, da Lei n. 7.347/1985 deu à Defensoria Pública uma legitimidade autônoma para, *em seu próprio nome*, atuar em defesa de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, independentemente da existência de mandato, ou seja, o novel inciso transformou a Defensoria Pública em órgão público com legitimidade autônoma, independentemente de mandato, para a defesa da ordem legal e constitucional.

Como exposto *supra*, essa atividade, desde os primórdios do *custos legis*, é da natureza do Ministério Público. Ao permitir que outro órgão ingresse com ação em defesa de interesses difusos/coletivos/individuais homogêneos, de forma independente, sem vinculação com nenhum interesse (público ou particular), a lei ordinária dividiu o Ministério Público, porque dividiu a parcela de poder que lhe foi atribuída com exclusividade.

A divisão do Ministério Público significa atribuir a outro órgão a atividade que, até então, era exclusiva do *Parquet*. O fato de não ser atribuído o nome “Ministério Público” ao outro órgão é irrelevante, uma vez que a natureza da atividade que passou a ser desenvolvida pela Defensoria Pública é de Ministério Público.

Com essa inovação no art. 5º da LACP o legislador ordinário transformou a Defensoria Pública em Defensoria do Interesse Público, Defensoria da Ordem Pública, não mais em Defensoria do necessitado tão-somente (como determinou o constituinte originário). Essa divisão do Ministério Público, com a nova natureza jurídica da Defensoria Pública, atenta contra os princípios institucionais da unidade e da indivisibilidade postos pelo Poder Constituinte Originário (CRFB, art. 127, § 1º).

Não vale o argumento de que o art. 129, § 1º, da CRFB foi muito claro ao não fechar o rol de legitimados para a ação civil pública. O que o referido dispositivo fez foi permitir que terceiros sejam legitimados para a propositura de ação civil pública, *mas não que outro órgão público pudesse ser criado para, nos moldes do Ministério Público* (de forma independente, sem vinculação específica e em nome próprio), propor ação civil pública. Se assim o fizesse, seria contraditório com o art. 127 e seu § 1º.

O que o constituinte permitiu com o § 1º do art. 129 da CRFB foi a democratização do acesso à justiça. Permitiu ainda que associações, fundações, órgãos públicos, entes da Administração Indireta e Direta pudessem também tutelar os interesses difusos e coletivos em juízo, por meio da ação civil pública.

Como efeito desse permissivo, o art. 5º da Lei da Ação Civil Pública legitimava o Ministério Público, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, a autarquia, a empresa pública, a fundação ou a sociedade de economia mista e a associação que cumprisse alguns requisitos.

Da análise do dispositivo ficava evidente que o único órgão público legitimado de forma autônoma, sem necessidade de demonstrar pertinência temática da ação com os objetivos/interesses próprios era o Ministério Público. Essa legitimidade automática

do Ministério Público decorre de sua natureza de guardião ativo da ordem jurídico-constitucional (o Judiciário, repita-se, é o guardião passivo, inerte).

Todos os outros entes da Administração Direta e Indireta devem demonstrar, no caso concreto, interesse específico (pertinência temática) para a propositura da ação civil pública.

Eis as palavras de Hugo Nigro Mazzilli:

Devemos perquirir se o requisito de pertinência temática só se liga às associações civis ou se também alcançaria fundações privadas, sindicatos, corporações, ou até mesmo as entidades e os órgãos da administração pública direta e indireta, ainda que sem personalidade jurídica. Numa interpretação mais ou menos literal, a conclusão será negativa, dada a redação do art. 5º da LACP e do art. 82, IV, do CDC. Entretanto, onde há a mesma razão há de se aplicar a mesma disposição. Os sindicatos e corporações congêneres estão na mesma situação das associações civis, para o fim da defesa coletiva de grupos; as fundações privadas e até mesmo as entidades da administração pública também têm seus fins peculiares, que nem sempre se coadunam com a substituição processual de grupos, classes ou categorias de pessoas lesadas, para a defesa coletiva de seus interesses. [...] Tomemos, por exemplo, uma empresa pública ou uma autarquia. Não nos parece possa despender recursos públicos para defesa de interesses transindividuais que não guardem relação alguma com o seu objeto. Assim, uma empresa de transportes públicos não se pode pôr a defender assinantes de linha telefônica... Em suma, cremos que analogicamente ao que sucede com as associações civis, se deve aplicar o requisito da pertinência temática a esses outros colegitimados. Só não tem sentido exigir pertinência temática do Ministério Público, da União, dos Estados, dos Municípios, do Distrito Federal<sup>18</sup>.

Ainda que pareça que o autor deu o mesmo tratamento à legitimidade do Ministério Público e dos entes da Administração Direta, mais adiante ele assevera que só o Ministério Público tem

---

<sup>18</sup> MAZZILLI, 2007b, p. 293.

legitimidade e interesse presumidos, sendo que “os demais legitimados, e até mesmo, a nosso ver, União, Estados, Municípios e Distrito Federal deverão ter *interesse concreto* na defesa do interesse objetivado na ação civil pública ou coletiva. Assim, por exemplo, não teria um município interesse em defender um bem dominial da União nem o contrário”<sup>19</sup>.

João Batista de Almeida segue o mesmo raciocínio, asseverando que União, Estados, DF e Municípios são legitimados em abstrato, mas não têm condições de propor qualquer ação civil pública na defesa de qualquer interesse (como o Ministério Público). Há que se verificar se os entes da Administração Direta têm *interesse de agir no caso concreto*:

É essencial que a ofensa ao bem jurídico tutelado relacione-se direta ou indiretamente com os entes públicos enumerados ou com um deles, para que se caracterize o interesse e justifique o ingresso em juízo. [...] Assim, o Município deverá proteger interesse difuso ligado exclusivamente a sua população, mas não o terá de forma indiscriminada para atuar em defesa dos habitantes de outro Município<sup>20</sup>.

No mesmo sentido, José Marcelo Menezes Vigliar:

Quanto ao Ministério Público, não há mesmo grandes problemas, lembrando que ele constitui, diante de sua destinação institucional, o substituto processual por excelência, inclusive dos demais colegitimados integrantes dos mencionados róis. [...] O mesmo não se pode afirmar em relação à União, aos Estados-membros, aos Municípios e ao Distrito Federal. Com efeito, há que se verificar sim, no caso concreto, a presença de um vínculo entre os substituídos e os substitutos, para que se possa concluir pela legitimação dessas pessoas jurídicas de direito público interno, para a defesa de determinado interesse supraindividual<sup>21</sup>.

No mesmo sentido, também, Pedro da Silva Dinamarco<sup>22</sup>.

---

<sup>19</sup> MAZZILLI, 2007b, p. 296.

<sup>20</sup> ALMEIDA, 2001, p. 110.

<sup>21</sup> VIGLIAR, 1998, p. 71.

<sup>22</sup> DINAMARCO, 2001, p. 227.

Então, uma coisa é a legitimidade dos órgãos da Administração Direta para tutela de interesses específicos, outra é a legitimação do Ministério Público para a tutela de interesses difusos e coletivos sem nenhuma análise de pertinência temática ou especial vinculação do interesse. O Ministério Público propõe a ação civil pública porque percebe que há ofensa à ordem jurídico-constitucional por parte da ação de alguma pessoa (física, jurídica, de direito público ou privado), em ofensa a direitos da comunidade (difusos, coletivos e indisponíveis).

A União pode propor ação civil pública para recompor parque nacional degradado por uma empresa poluidora, mas não pode propor ação civil pública contra si mesma, para que o Ministério da Saúde, por exemplo, inclua determinado remédio na lista de medicamentos excepcionais. Isso porque, nesse caso, não tem interesse processual, uma vez que o problema se resolve na esfera administrativa. Essa é, também, uma limitação da Advocacia-Geral da União, que não pode ir contra seu constituinte (a União).

Também não pode o Estado propor ação civil pública para anular determinada portaria da Secretaria da Educação, por exemplo, em defesa dos interesses dos alunos do ensino médio – falta-lhe interesse de agir – ou propor ação civil pública em benefício dos alunos do ensino médio de outro Estado da Federação.

Essa situação não ocorre com o Ministério Público, legitimado nato à defesa dos interesses difusos, coletivos e individuais indisponíveis. *O Ministério Público é, com certeza, o único legitimado com independência funcional, sem vinculação com nenhum ente público, para a defesa dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos.* E assim é porque é da natureza, da ontologia, do “ser” Ministério Público a defesa da ordem jurídico-constitucional de forma independente, ativa e imparcial, configurando-o como verdadeira “Magistratura de Pé” (*Parquet*).

A inclusão da Defensoria Pública (Lei n. 11.448/2007) entre os legitimados ativos da ação civil pública veio duplicar essa atribuição, até então exclusiva do Ministério Público, porque a Defensoria Pública não é órgão de governo (vinculado ao Executivo e às suas políticas de governo), mas sim órgão de Estado com independência funcional de seus membros (Lei Complementar n. 80/1994, art. 3º).

A Defensoria Pública com legitimação para propor ação civil pública, em nome próprio, significa um órgão público criado para, conforme seu juízo de conveniência e oportunidade (decorrentes da independência funcional), proteger a ordem jurídica e o regime democrático, por meio da defesa de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, de forma autônoma, sem vinculação específica.

Não resta dúvida de que o legislador ordinário dividiu o Ministério Público, porque dividiu com outro órgão público atribuição que lhe era exclusiva. Essa é a verdadeira divisão que o constituinte de 1988 quis evitar, pois somente ao Ministério Público caberia, segundo sua vontade, o exercício de ação civil em defesa da ordem jurídico-constitucional.

A liberalidade do art. 129, § 1º, da CRFB não legitimou o legislador ordinário a constituir outro órgão público para a defesa da ordem jurídico-constitucional por meio de ações civis. Apenas ressaltou que, pelo maior acesso ao Judiciário, deveriam haver outros legitimados (entes da Administração, entes da sociedade civil, particulares etc., conforme melhor entender a lei), mas sem, jamais, uma duplicação do Ministério Público, visto que ente uno e indivisível.

Como pode a Defensoria Pública atuar sem mandato, senão igualando-se ao Ministério Público e fazendo da defesa da ordem jurídico-constitucional e da legalidade o único fim perseguido?

A questão da duplicação das instituições é ainda mais perceptível quando se analisa a estrutura atual da Defensoria Pública da União. Por meio da Portaria n. 560, de 30 de agosto de 2007, instituíram-se as Câmaras de Coordenação na DPU, incluindo uma câmara criminal, uma câmara cível, uma câmara previdenciária e *uma câmara de tutela coletiva e direitos humanos*. Tal qual ocorre no âmbito do Ministério Público Federal, onde há a Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão e as demais câmaras, com atribuições de tutela coletiva (exceção da Segunda Câmara, que é criminal).

E a duplicação é agravada pela novel redação do art. 5º, II, da LACP (ora inquinada de inconstitucional), uma vez que dá atribuição à Defensoria Pública para a tutela coletiva. Ora, dar atribuição é definir competência no âmbito do direito público. E, como se sabe, a competência é *irrecusável e obrigatória*, sendo que a Defensoria Pública será *obrigada* a se estruturar para a defesa de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos nos mesmos moldes do Ministério Público (que tem essa atribuição por força do Poder Constituinte Originário).

Não se está aqui a defender que a Defensoria Pública não possa propor ação civil pública. Pode fazê-lo sim, desde que tenha o mandato de um ente civil (associação, por exemplo) que se enquadre no conceito de necessitado econômico, como exige o art. 134 da CRFB.

O que se quer insistir é que a Defensoria Pública é órgão sem legitimidade própria, visto que sua função é a de “advogado do necessitado”. Quem tem legitimidade e interesse processual é a parte, não a Defensoria Pública.

Defensoria Pública com legitimidade própria e interesse processual próprio, atuando sem mandato, é órgão público autônomo com incumbência de defesa da ordem legal, constitucional e dos direitos em abstrato, ou seja, é uma duplicação do Ministério Público.

Essa atribuição de legitimidade própria, conferida à Defensoria Pública pelo legislador ordinário, traz outras consequências que demonstram, às claras, a ofensa à unidade e indivisibilidade do Ministério Público.

A primeira delas é a posição que a Defensoria Pública passa a gozar no cenário político-institucional. Se tem competência (que em direito público é dever) para tutela da ordem jurídica, em nome próprio, deve também exercer a função de *custos legis* no processo civil. Afinal, o que fundamenta a intervenção do Ministério Público conforme o art. 82, III, do CPC é justamente a existência de interesses coletivos em litígio. O Ministério Público é chamado a intervir, sendo-lhe atribuídos os poderes e ônus das partes, porque é o órgão com legitimidade autônoma para a defesa das coletividades e da ordem jurídica. Se a Defensoria Pública também tem o dever-poder de tutelar direitos difusos e coletivos, por certo terá o dever de intervir em todas as causas em que vislumbrar (a independência funcional do Defensor Público lhe concede os poderes privativos para essa valoração) interesses coletivos ou de dimensão pública.

Essa inovação também força a reconsideração do assento ao lado direito dos magistrados, desde o Supremo Tribunal Federal até os juízos de primeiro grau. O que justifica essa posição do Ministério Público é justamente a sua natureza de magistrado ativo na defesa da ordem jurídico-constitucional. Se a Defensoria Pública passou a ter a mesma atribuição, sem dúvida deve ter o mesmo assento, pois deixou de ser representante da parte e de se identificar com os interesses de seu constituinte, para defender a ordem jurídica de forma autônoma e imparcial, em seu próprio nome.

Outra questão é que a Defensoria Pública poderá ingressar em qualquer ação civil em andamento, uma vez que se lhe concedeu autonomia funcional para avaliar se há interesse público no objeto

da lide. E, se no mesmo processo houver intervenção do Ministério Público, haverão os seus membros de se sentar, lado a lado, à direita do magistrado.

Essa configuração espacial da sala de audiências, no futuro breve – se não for declarada a inconstitucionalidade do art. 5º, II, da LACP –, é elucidativa dos argumentos até aqui expostos. Ficará evidente a duplicidade de órgãos no exercício da função do art. 127, *caput*, da CRFB. Ficará evidente que aquilo que deveria ser uno e indivisível (o Ministério Público) foi duplicado.

## **5 Conclusão**

A legitimidade para a defesa da ordem jurídico-constitucional, de forma autônoma, independente e imparcial, foi atribuída exclusivamente ao Ministério Público pelo constituinte originário, por meio do art. 127 da Constituição da República.

Essa atividade constitucionalmente definida delimita o âmbito ontológico do Ministério Público, o seu “ser”. Ser Ministério Público é defender a ordem jurídico-constitucional por meio da ação penal ou das ações civis, sempre com independência funcional diante de uma valoração política. A equiparação do Ministério Público com os membros do Judiciário decorre da semelhança das atividades, que são complementares (uma ativa e outra passiva) e têm por finalidade última manter válidas e eficazes as normas constitucionais e legais.

Os princípios da unidade e indivisibilidade são abordados, em regra, somente sob o ponto de vista interno. Todavia são princípios institucionais que também servem de garantia institucional ao Ministério Público, na medida em que impedem que outra instituição pública possa receber as suas atribuições constitucionais.

Atribuir a outra instituição as mesmas atividades do Ministério Público é duplicar a instituição, violando o princípio da unidade e da indivisibilidade.

O legislador ordinário extrapolou seu poder de legislar por meio do art. 5º, II, da Lei n. 7.347/1985, inserido pela Lei n. 11.448/2007. Essa alteração violou o art. 127, § 1º, da Constituição da República, pois concedeu à Defensoria Pública o poder de exercer atividade típica e exclusiva do Ministério Público.

A legitimidade para propor ação civil pública jamais poderia ser da Defensoria Pública, que exerce atividade de assistência judiciária dos necessitados. A Defensoria Pública é atividade de advocacia gratuita aos que não têm condições de contratar os serviços de um advogado. O defensor público não tem legitimidade e interesse processual, pois não pode litigar em nome próprio, apenas em nome de seu mandatário.

Ao conceder à Defensoria Pública a legitimidade para, em nome próprio e independente de mandato, propor ações civis públicas em defesa de interesses difusos e coletivos, o legislador ordinário criou a defensoria da ordem jurídica, da ordem pública, dando-lhe poderes para defender interesses sociais de forma autônoma, independente e imparcial, ou seja, permitiu que a Defensoria Pública exerça a mesma atividade típica do Ministério Público, dividindo esta instituição.

Além de ser inconstitucional, essa alteração da Lei n. 7.347/1985 legitimará a Defensoria Pública a ingressar em qualquer ação civil na qual vislumbre que esteja havendo litígio envolvendo interesses coletivos, na forma do art. 82, III, do CPC. Também a legitimará a sentar ao lado direito dos juízes, uma vez que exercerá defesa da ordem jurídica, não mais comprometida com os interesses da parte que a constituiu.

## Referências

ABADE, Denise Neves. O membro do Ministério Público como agente político. *Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União*, Brasília (DF), ano 2, n. 7, abr./jun. 2003.

ALMEIDA, João Batista de. *Aspectos controvertidos da ação civil pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

CHIMENTI, Ricardo Cunha; CAPEZ, Fernando; ROSA, Marcio F. Elias; SANTOS, Marisa F. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

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

MAZZILLI, Hugo Nigro. *Introdução ao Ministério Público*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2007a.

\_\_\_\_\_. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2007b.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

PAES, José Eduardo Sabo. O Ministério Público na Constituição Brasileira: sua natureza, princípios e estrutura. *Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União*, Brasília (DF), ano 2, n. 7, abr./jun. 2003.

PORTO, Sérgio Gilberto. *Sobre o Ministério Público no processo não-criminal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Aide, 1998.

THEODORO JR., Humberto. *Curso de direito processual civil*. 43. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

TEIXEIRA, Francisco Dias. O Ministério Público e o poder. *Boletim Científico do Ministério Público da União*, Brasília (DF), ano 2, n. 7, abr./jun. 2003.

VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Ação civil pública*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1998.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. v. 1.