

## O MITO DA CONCEPÇÃO CÊNICA DA SALA DE AUDIÊNCIAS (sic) E O PROBLEMA DOS PARADOXOS – A GEOPOLÍTICA DO FORO DA RESTINGA

**Lenio Luiz Streck**

Procurador de Justiça  
Pós-doutorado em Direito (Lisboa/Portugal)  
Professor do PPGDireito da UNISINOS

Em 2007, escrevi artigo que tinha como *Leitmotiv* uma decisão exarada pelo juiz de direito André Luiz Nicolitt, nos autos do Processo nº 2003.005.000056-7, que negava validade aos dispositivos legais que estabelecem a prerrogativa de os membros do Ministério Público ocuparem assento do lado direito dos juízes e tribunais. Naquela oportunidade, o magistrado fluminense entendeu que “a composição cênica” da sala de audiências estava em confronto com a garantia constitucional da igualdade e acabava por configurar um ambiente antidemocrático no desenrolar da relação processual. Naquele caso, a fundamentação passava pela “aplicação” (sic) da Teoria da Ação Comunicativa, de Jürgen Habermas, buscando construir uma “sala de audiências discursivamente democrática”. O que é isto, ninguém saberia explicar. Mas, não vem ao caso.

Passados praticamente quatro anos, o magistrado rio-grandense Mauro Caum Gonçalves reabre o debate, na medida em que proferiu decisão no processo administrativo 02/2011 que tramitava na 1ª Vara Criminal do Foro Regional Restinga da Comarca de Porto Alegre, determinando, *in verbis*:

“a alteração do mobiliário da sala de audiências de modo que seja removido o assento ora destinado ao órgão do Ministério Público, que deverá, quando comparecer às solenidades apazadas pelo juízo, tomar lugar nos remanescentes que se situam à direita (e não ao lado) do julgador”.

O referido **procedimento “mobiliário”** foi instalado por pedido formulado pela Defensoria Pública do Rio Grande do Sul, que visava a “recomposição cênica da sala de audiência”, de modo a posicionar o membro do órgão ministerial “no mesmo plano da defesa” (sic). Argumentou-se que “a lei complementar 80/94 garante aos membros da defensoria sentar no mesmo plano dos do *parquet*”. Aduziu-se, ainda, que o Estatuto da OAB estabelece não haver hierarquia entre Advogados, Promotores e Magistrados e que o reposicionamento da sala de audiência não importa violação de garantia funcional dos órgãos do MP, na medida em que a expressão “à direita do juiz” não significa, necessariamente, “ao lado” (observação inicial – aqui, já de pronto, há um problema: se todos devem estar no mesmo plano, o juiz se inclui nisso, pois não?).

Na decisão, embora os fundamentos argüidos pelo magistrado portoalegrense sejam, em maior ou menor medida, diferentes daqueles utilizados pelo juiz fluminense em 2007 – combatidos sem tréguas por mim naquele ano –, **penso que muitos dos argumentos que esgrimi naquela ocasião permanecem válidos para a discussão que agora se instala em nosso Estado.**

É verdade que a decisão do juiz Caum, do Foro Restinga, não se ergue na afirmação, pura e simples, da inconstitucionalidade material da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (LOMIN) ou da Lei Orgânica do Ministério Público do Rio Grande do Sul por afrontarem o princípio da igualdade, de paridade de armas, etc., quando determinam ser **prerrogativa do MP** sentar-se à direita do julgador (**aliás, como o é no Supremo Tribunal Federal**). No caso em questão, a alegação do magistrado é que haveria uma inconstitucionalidade formal, na medida em que, nos termos do art. 125, § 1º, da CF, a organização judiciária é matéria reservada à competência legislativa dos Estados e de iniciativa privativa do Tribunal de Justiça. Já aqui temos um segundo problema: se assim é, não haveria que se esperar um projeto de lei a ser remetido à Assembléia Legislativa por parte do Presidente do TJRS?

De todo modo, em sendo a LOMIN posterior à Constituição (Lei n. 8.625/93), a necessidade da propalada inconstitucionalidade formal ser reconhecida pelo Tribunal de Justiça em incidente de inconstitucionalidade **permanece**, do contrário estaria usurpada competência reservada ao órgão especial do TJ pelo art. 97 da CF.

E, no mais, é preciso ter presente que a composição da sala de audiências não pode ser tida como matéria de organização judiciária de competência parcial de um único Estado, pelo simples motivo de que, se assim fosse, **teríamos que admitir que a composição da sala de audiências seria uma no RS e outra em SP, algo que não faz o menor sentido na medida em que temos códigos de processo nacionais e nossa federação optou por reservar tais matérias à competência legislativa da União**. Não obstante o esforço do magistrado em retratar o problema como simples questão de organização judiciária que cabe dentro das competências parciais dos Estados, é preciso considerar que a questão deve ser enquadrada no contexto do tipo de federalismo que foi desenhado pelo constituinte em 1988.

Ademais, a LOMIN inclui a questão no âmbito das prerrogativas funcionais do Ministério Público de modo que, assim sendo, a matéria passa a ser questão processual cuja competência legislativa é reservada pela Constituição à União. Sendo mais claro: prerrogativas funcionais (independente do debate acerca da relevância ou não de tal prerrogativa) é matéria de processo. Portanto, deve ser tratada por lei federal. Logo, no caso julgado em Porto Alegre, permanece firme a incidência da LOMIN, não se sustentando o argumento do magistrado de que haveria, na hipótese, inconstitucionalidade formal da

LOMIN. E não há, por um simples motivo: a questão que se coloca não é simples matéria de organização judiciária, mas, sim, de direito processual.

Ao final da decisão, depois de excluir a aplicação da LOMIN e da Lei Orgânica do Ministério Público do Rio Grande do Sul, concluiu o juiz pela aplicação do Código de Organização Judiciária do Estado (COJE). Inacreditável. Nesse importe, o juízo afirma que não há nenhuma referência à prerrogativa quando se determina a posição do órgão ministerial na sala de audiência. Afirma-se apenas que será “à direita” do juiz, o que não significa, necessariamente, ao lado. Busca-se, com isso, uma discussão meramente semântica do significado de “à direita”, nos trilhos daquilo que podemos chamar de “hermenêutica clássica”. O que seria, então, sentar à direita? Ou seja, a discussão virou “um problema de semântica e de geopolítica”...!

Nos tópicos a seguir procurarei demonstrar minha posição de modo a tornar claros os equívocos da decisão.

É importante alertar, desde logo, que a discussão que aqui se encaminha tem como pressuposto o amor pelo debate e a incitação, própria da ciência, à crítica. Essa discussão se coloca, por si só, acima de interesses corporativos e/ou pessoais.

## 1. O estado da arte da discussão: a solução dos paradoxos e os paradoxos da solução

Na ciência, os paradoxos não têm solução, a não ser que se construa um modo artificial de sua superação. Ou seja, paradoxo é algo sobre o qual não se pode decidir. Para explicar melhor, tomo como exemplo o famoso “**paradoxo do mentiroso**” (*The Liar’s Paradox*), pelo qual um cretense, ao afirmar que todos os cretenses eram mentirosos, criou um problema: ele também era cretense e, conseqüentemente, estaria incluído no conjunto dos epitetados como mentirosos; logo, se era mentiroso, acabara de dizer uma mentira. E o contrário da mentira é a verdade; mas, se era verdade, não poderia ser mentira!

Assim, ou o cretense sairia de Creta para afirmar o enunciado, o que criaria um novo problema, exatamente por ele ter saído de Creta, com o que a afirmação “**todos os cretenses**” estaria viciada, ou apelaria à lógica, afirmando que o enunciado ao qual se refere não faz parte do conjunto dos enunciados de quem o profere. Hans Kelsen fez isto para construir a sua “Teoria Pura do Direito”, resolvendo, assim, o problema do dualismo “mundo do ser e mundo do dever ser”, ou seja, a TPD passa a ser uma metalinguagem feita sobre uma linguagem objeto.

Kelsen “escapa”, pois, do paradoxo. Entre o mundo ser (todos os cretenses são mentirosos) e o mundo do dever ser (o lugar em que o cretense fala sobre os atributos dos

cretenses), a lógica consegue resolver artificialmente o problema dos paradoxos. Já no “mundo concreto” não é bem assim. Ou seja, como resolver o problema da fórmula “na sala de audiência todos são isonômicos, sem diferenciações, discriminações, sem lugares diferenciados, sem mesas mais altas, sem cadeiras com espaldar avantajado etc.”, sem que o juiz se dê conta de que também ele – sim, o próprio juiz – está na sala de audiências, e que, portanto, **a propalada isonomia será isonomia ou a igualdade só será igualdade se, de fato, “todos os que estão na sala” se beneficiarem da aludida principiologia.** Ou a isonomia é apenas para **os-demais-atores-que-compõem-o-cenário-daquilo-que-é-denominado-de-concepção-cênica-da-sala-de-audiência**”, ficando o juiz de fora da aplicação da principiologia? Algo do tipo: o Estatuto da OAB – para falar apenas dessa Lei – embora diga que não há diferenciação, quer dizer “vale para todos os demais, menos para o juiz”...

Assim, sem a metalinguagem (ficção lógica), recurso metafísico para superar o paradoxo representado pelo fato de o juiz também estar (fazer parte) na sala, devendo também a ele aplicar-se, por conseguinte, o “princípio” e a “democracia cênica”, **o próprio juiz terá de se submeter ao enunciado “todos os que...”**. Portanto, não poderá ele ostentar espaço privilegiado (afinal, o próprio estatuto da OAB assegura a igualdade da tríade processual).

Mais ainda, a aplicação da isonomia ou igualdade (se assim se quiser) **não poderá ser aplicada pela metade**, com o que, por exemplo, haverá forte prejuízo cênico se apenas o juiz, o promotor e o advogado (Defensor Público ou não) tomarem cafezinho, e o réu ou as testemunhas ficarem de fora do butim (no Rio Grande do Sul já haveria um sério problema em face do chimarrão, que teria que correr de mão em mão!); por outro lado, haverá sérios problemas com a constitucionalidade dos dispositivos legais que asseguram tratamento ao nível de excelência (1) **para algumas autoridades**; por certo, haverá seríssimo prejuízo à democracia da sala de audiência **se o réu ou as testemunhas não obtiverem o mesmo tratamento republicano...!**

Cabe indagar, de outra banda, as razões pelas quais a democratização do espaço público (ou “concepção cênica”, se assim se quiser) deve ficar restrita à sala de audiências. **Afinal, por que não espriar a democracia e a isonomia pelo mundo afora?** Assim, só para argumentar, indagaria: juízes, deputados (ou outras autoridades, incluindo promotores) podem ter estacionamento privativo? **E elevadores privativos?** Isso pode? E restaurantes separados do restante da população? Pode? Mais ainda (e desculpem a ironia dos meus argumentos): que negócio é esse de, enquanto as pessoas “comuns” – peço também desculpas pela expressão “cenicamente e politicamente incorreta” – necessitam entrar em filas de bancos, nós, juízes, promotores, procuradores do Estado e deputados (para falar apenas dessas autoridades), termos a nossa disposição agências bancárias – **instaladas**

**no interior dos respectivos prédios públicos** – só para atender nossas contas? Isso não fere a isonomia?

Ora, ora. Na verdade, essa é uma discussão absolutamente secundária. Como o é a discussão da “geopolítica da distribuição dos espaços na sala de audiências”. Isto porque, levado a ferro e fogo, **nada poderia funcionar na República**. Os deputados não poderiam ter passagens pagas, os fóruns não poderiam ter restaurantes com espaço reservado para juízes, os Ministros do STF (e os demais Ministros da República) não poderiam ter a prerrogativa de viajar em primeira classe ou classe executiva, os prédios públicos não poderiam ter estacionamento privativos para os funcionários (porque isso violaria o direito dos **não** funcionários públicos), etc. E assim iríamos *ad infinitum* nas “violações da igualdade”...! Mas, por favor...! **Não é disso que trata a Constituição**. Do mesmo modo, não é pela “distribuição do espaço mobiliário” que se mede a democracia abaixo do Equador.

Afinal, se a tese da Defensoria, albergada pelo juiz, é republicana, adequada constitucionalmente, deveria ser, a toda evidência, levada às suas últimas conseqüências. Deixar a sua aplicação restrita à sala de audiências – que não é exatamente o espaço público de que fala Habermas, por exemplo – não me parece suficiente. Nem um pouco.

Retornando ao tema *stricto sensu*, parece evidente que o problema da democracia ou da (boa ou má) funcionalidade da justiça **não reside na geopolítica da sala de audiências** ou da sala de sessões do Supremo Tribunal Federal (já fico a imaginar o procurador-geral da República, a quem cabe a última palavra nas ações penais, ser instado a se retirar do lugar que ocupa atualmente, **para que um observador “tenha a ‘impressão’, senão identidade, ao menos proximidade das atribuições [a de julgar e a de acusar, acrescentei]” (sic), tal como constou da decisão do juiz de Porto Alegre. Ou a concepção cênica não deverá valer para o Supremo Tribunal Federal?**

Mas, vamos lá: quem disse que as funções de Ministério Público e as de Defensoria Pública são iguais? Pode um defensor pedir a condenação de seu cliente? Tem o Defensor-Geral a última palavra nas ações penais? Tem a Defensoria Pública alguma parte – ínfima que seja – da parcela de soberania do Estado? Pois, só para lembrar: na República brasileira, se o Procurador-Geral da República ou o Procurador-Geral de Justiça decidir que alguém **não** deverá ser processado, esse alguém não será. Isso é parcela de soberania. Logo, não são poucos os diferenciais entre acusação e defesa... Queiramos ou não.

Por fim, importa registrar que o TJ/RS deferiu liminar (MS 7004110856/2011) que suspendeu os efeitos da decisão do Juiz Caum. Na decisão, o relator do caso, Desembargador Armínio José Abreu Lima da Rosa, referiu, de maneira percuciente, que o deslinde da questão não se esgota pela análise das questões que envolvem apenas o processo penal. Ao contrário, aduziu o eminente relator que a solução do debate deve

atender a uma solução conjugada entre as funções exercidas pelo órgão ministerial no processo e panel e no processo civil.

Ademais, tem carradas de razão o Desembargador Armínio quando afirma que “a grandeza, o respeito e a dignidade das funções não residem na disposição de seus assentos, mas, antes de tudo, naquilo em que se traduzir efetiva sua atuação em prol da sociedade”.

Do mesmo modo, é preciso concordar com o Desembargador-relator do MS que defiriu a liminar requerida pelo Ministério Público do Rio Grande do Sul (suspendendo os efeitos da decisão do juiz do Foro de Restinga), quando afirma:

“De resto, não parece razoável, tomando-se por invocação o art. 4º da Lei Complementar n. 80/94, alterar-se o mobiliário e a ordem dos assentos do Ministério Público, sabendo-se que nem sempre irá atuar a Defensoria Pública na defesa dos réus, a par de, a vingar a tese, impor-se ao *Parquet*, quando *fiscal da lei*, a posição não exatamente adequada a tal função. Ou, pior, submetê-lo a constrangedor, para dizer o mínimo, deslocamento para outro lugar”.

## **2. O enfrentamento dos argumentos**

### **2.1. Uma preliminar necessária: a violação do sistema de controle de constitucionalidade brasileiro – a flagrante violação do artigo 97 da Constituição do Brasil**

De plano, é preciso deixar claro o seguinte: não basta o juiz de direito dizer, por exemplo, que a norma ‘x’ é inconstitucional ou que está fazendo uma interpretação conforme, para que a decretação da inconstitucionalidade seja levada a efeito (como ocorre, por exemplo, com a afirmação de que haveria uma inconstitucionalidade na LOMIN e na LOMPRS, por não respeitarem os regime de competência legislativa determinado pela CF para as questões de organização judiciária. Isso sem contar que a decisão desconsidera o necessário debate a ser feito acerca do regime federativo insculpido na mesma Constituição. Trata-se, *in casu*, daquilo que Laurence Tribe e Michel Dorf chamam de uma leitura sub-integrada do texto constitucional, na medida em que desconsidera que a parte compõe um todo maior que ela. Nesse sentido, não há que se falar em regime parcial de competência legislativa quando há um evidente contexto federativo em jogo: como afirmado acima, não dá para a sala de audiências ter um formato no RS, outro em SC, outro em SP, etc., etc., etc.). Com efeito, para inquirir uma norma jurídica de inconstitucional, não basta dizê-lo. Deve haver uma fundamentação e uma justificação. Como se sabe, um juiz pode deixar de aplicar uma norma se, de forma fundamentada e justificada, entendê-la como

inconstitucional; o tribunal – no caso, o órgão fracionário – só poderá fazê-lo se suscitar o incidente de inconstitucionalidade (excetuadas as hipóteses do art. 481, do CPC) (2).

A declaração de inconstitucionalidade em uma democracia é medida de exceção. Sempre é medida de exceção. E para fazer uma *verfassungskonforme Auslegung* (interpretação conforme a Constituição) ou uma *Teilnichtigklärung ohne Normtextreduzierung* (nulidade parcial sem redução de texto), há que se ter claro que se está diante de decisões: a primeira, de rejeição parcial qualitativa de inconstitucionalidade; a segunda, de acolhimento parcial qualitativo de inconstitucionalidade.

Mais do que isto: se o juiz, no primeiro grau, diz que a norma “x” é inconstitucional (com adequada ou inadequada fundamentação) e a parte adversa recorre ao tribunal sob o argumento de que a norma “x” não é inconstitucional, o tribunal terá dois caminhos a seguir: revoga a decisão de 1º grau, por entender que a norma “x” não fere a Constituição (portanto, o tribunal desfaz o equívoco do juiz de 1º grau); a segunda opção é o tribunal confirmar a decisão de 1º grau, concordando com a decisão do juiz.

Neste caso, como a decisão de primeiro grau afastou norma infraconstitucional com base na Constituição (questão prejudicial), o órgão fracionário deverá necessariamente suscitar o respectivo incidente de inconstitucionalidade.

Nunca é demais repetir que há limites no processo hermenêutico. Ao contrário do que pensam alguns doutrinadores, o processo de atribuição de sentido não é arbitrário, “segundo as íntimas convicções do intérprete”. Que norma e texto são coisas diferentes, não é novidade. Mas isto nem de longe pode significar que o intérprete esteja autorizado a atribuir sentidos arbitrariamente, sob os ventos do pragmatismo ou de eventuais “sentimentos do justo”. Nunca é demais trazer a lição de Gadamer: se queres dizer algo sobre um texto, deixe primeiro que o texto lhe diga algo. O problema é que, às vezes, os textos jurídicos nos dizem coisas das quais não gostamos.

No Estado Democrático de Direito, para que uma lei – ou parte dela – deixe de ser aplicada, deve haver uma fundamentação – de índole constitucional – consistente. Sendo mais claro: se a lei ou o dispositivo não é inconstitucional, então as possibilidades de sua não aplicação ficam reduzidas a zero! Não é possível “passar por cima da lei” (5), o que seria um retorno a uma espécie de “realismo tardio” ou “positivismo fático”, de inspiração escandinava, útil nos tempos em que não havia Constituição. Mas hoje temos uma Constituição. E uma Constituição democrática.

Daí os limites do processo interpretativo. Não se pode dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa! Afinal, por mais que um intérprete seja convincente, por certo não conseguirá convencer o interlocutor, por exemplo, que não foi a Alemanha que invadiu a Polônia, e sim o contrário!

Este é, aliás, um dos problemas da “ciência jurídica” no Brasil, constatável a toda evidência, também no Supremo Tribunal Federal, que, por vezes, ao deixar de aplicar a Constituição, transforma-se – ilegitimamente – em constituinte originário (ou derivado). No caso sob comento, em havendo um comando legal, não há qualquer justificativa para não aplicar a lei, a menos que esta, repito, seja declarada inconstitucional. Repita-se: há limites no processo interpretativo, que não pode ser relativizado (6).

Resumindo:

- a) um juiz só deve aplicar leis válidas (veja-se, sempre, a diferença, muito cara à teoria do direito, entre vigência, que é secundária, e validade, que é primária);
- b) um juiz só pode deixar de aplicar uma lei se, de forma fundamentada e justificada, entendê-la inconstitucional, afastando-a da relação, porque questão prejudicial;
- c) na mesma linha, o juiz pode elaborar uma interpretação conforme à Constituição (será uma decisão de rejeição parcial qualitativa de inconstitucionalidade), não havendo, neste caso, redução do texto, não prescindindo, este processo, de cuidadosa fundamentação e justificação;
- d) ainda no mesmo diapasão, o juiz poderá entender que um dos sentidos do texto é inconstitucional, elaborando, assim, uma inconstitucionalidade parcial sem redução de texto (será uma sentença de acolhimento parcial qualitativa de inconstitucionalidade), devendo deixar explícito o que restado sentido (também aqui não há redução de texto);
- e) também poderá deixar de aplicar a lei a partir da utilização dos critérios para resolução de antinomias, sempre com um olhar na Constituição, porque, por vezes, a *lex posterior* que revoga *lex anterior* pode ser contrária a Constituição...!

Fora dessas hipóteses, o juiz não tem outro caminho: não pode deixar de dar aplicabilidade à lei.

## **2.2. Da inadequada parametricidade alegada**

Fica claro, assim, que, no Estado Democrático de Direito, as leis que não forem invalidadas constitucionalmente ou que não forem revogadas/derrogadas por outras leis (critério para a solução de antinomias), não podem deixar de ser aplicadas pelo Poder Judiciário. Esta é a garantia da democracia. O fato de um juiz considerar injusta uma lei ou, por critérios pragmáticos, entender em não aplicá-la, não lhe dá o direito de ignorá-la, negando-lhe validade. O Poder Judiciário pode não aplicar uma lei, como já dito, só que, para tanto, deve seguir os passos que o sistema jurídico estabeleceu para esse desiderato: o controle de constitucionalidade.



No caso sob comento, foi esgrimido o argumento de que as leis orgânicas do Ministério Público (federal e estadual), **ao estabelecerem a prerrogativa do assento ao lado da presidência**, contrariavam (sic) o art. 125, § 1º, da CF, que reserva aos Estados a competência para legislar sobre organização judiciária, concedendo a iniciativa ao Tribunal de Justiça. Conforme já assinalado, essa questão não pode ser bem compreendida se descolada do contexto federativo que tem lugar no modelo constitucional brasileiro. Só para lembrar de novo: na República de *terrae brasiliis*, quando um juiz quer afastar uma lei (ou duas), deve dizê-la inconstitucional de forma fundamentada e não esgrimir argumentos pragmaticistas.

De todo modo, volta-se ao problema da pretensa “igualdade” ou da “isonomia”. Algo que não aparece na superfície do discurso articulado pela decisão de Caum, mas a sustenta de modo subterrâneo (haja vista às inúmeras menções ao modelo acusatório de processo penal) é a alegação do **ferimento do princípio da isonomia ou da igualdade**. Essa questão também foi levantada pelas decisões fluminenses de 2007 a respeito da matéria. Por isso, é importante, desde logo, confrontá-las, embora já acima as tivesse feito lato sensu.

Creio que não é suficiente uma tal alegação, por tudo que a tradição (no sentido gadameriano) nos tem ensinado, **sendo desnecessário cansar o leitor com uma sucessão de citações doutrinárias que digam respeito ao conceito de isonomia, igualdade formal e igualdade material, além da diferença entre a igualdade na lei e a igualdade perante a lei**. O problema talvez esteja no fato de que, por vezes, **a Constituição não nos diz aquilo que queremos ouvir**. E não se pode torturá-la, arrancando-lhe sentidos que não possui.

Dito de outro modo, o princípio da isonomia – assim como o da igualdade – não é uma **panacéia** que possibilite inquinações de inconstitucionalidade no atacado – como é comum em um país de “baixa constitucionalidade” - , como foi o caso de um conhecido jurista paulista que, mal havia sido promulgada a Lei nº 9.296/96 regulamentando a escuta telefônica, **defendeu, com contundência, a inconstitucionalidade do dispositivo que não determinava a intimação da defesa (ou do acusado) por ocasião da autorização da instalação da escuta, tudo com base no princípio da ampla defesa e da isonomia (sic)**. De fato, seria interessante avisar o investigado antes de instalar a escuta...! Ou seja, nem sempre o que parece, é. Isonomia, igualdade... Palavras que se transformaram em **enunciados performativos...**! Aliás, a palavra isonomia não pode provocar um paradoxo do tipo, se tudo é, nada é. Se todos são isonômicos, nada poderá ser. Isonomia só existe para marcar a diferença.

Nessa mesma linha, caberia ainda indagar: seriam inconstitucionais o prazo em dobro da defensoria pública e o prazo privilegiado da fazenda pública? É inconstitucional o

dispositivo do CPP que garante a prévia defesa (prazo de 15 dias) ao funcionário público antes do recebimento da denúncia, enquanto as “pessoas comuns” não têm esse direito?

Mais: fere o princípio da igualdade (ou da isonomia) o dispositivo que garante o recebimento da denúncia contra juiz, promotor ou deputado, **pelo colegiado do Tribunal competente**? Ainda: em face da propalada isonomia e da igualdade, os defensores públicos não deveriam ser julgados pelo Tribunal de Justiça? E os Procuradores do Estado? E os Delegados de Polícia? Como a Constituição não diz isso – *e, repito, as vezes a CF não diz tudo o que a gente quer* – estaríamos em face de uma “omissão” ou “lacuna da Constituição”? Ou exatamente isso é assim porque há diferenças entre as carreiras de MP e DP? Se se concedesse foro privilegiado ao Defensor Público, o que diriam os advogados que não são defensores públicos? Se os juízes e promotores tem porte de arma (de ofício), os defensores públicos também não deveriam ter porte de ofício? Mas, de novo: o que diriam os advogados que não são defensores públicos? Podem eles – os advogados não defensores públicos – deter menos prerrogativas que os seus colegas Defensores Públicos? Creio desnecessário desfilarmos um rosário de exemplos de pretensas quebras de isonomia que podem ou não serem “quebras”. Por isto, repito, nem sempre o que parece, é.

Desse modo, o argumento de que o Ministério Público e a Defesa devem sentar juntos, porque o lugar ocupado pelo Ministério Público fere a democracia (ou argumento desse jaez), a concepção cênica e a isonomia, e que isso fomentaria uma certa “promiscuidade” entre juízes e promotores (era o argumento do juiz fluminense em 2007), **deve – esse argumento - ser hermeneuticamente irrigado**, em primeiro lugar, a partir do perfil jurídico-constitucional assumido, na atualidade, pelo Ministério Público.

Evidentemente, tal configuração institucional não pode ser desencaixotada do regime político-normativo, antidemocrático e pré-constitucional que fecundou o CPP, **senão que haverá de ser recolhido da Constituição de 1988, notadamente a partir do artigo 127**, claro em dispor que ao Ministério Público incumbe, como instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado, defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

À luz desta e das subseqüentes disposições constitucionais que formatam o perfil jurídico-político da instituição, é-nos facultado reconhecer, também, que o Ministério Público dos tempos atuais lança-se ao exercício de uma magistratura ativa na defesa da ordem jurídico-democrática, expressão essa cunhada por um de seus líderes históricos – porquanto Procurador-Geral da República à época da discussão em torno do texto constitucional porvir –, o hoje Ministro do Supremo Tribunal Federal Sepúlveda Pertence (7). Depreende-se de seu voto, em julgamento envolvendo a matéria de que estamos a cuidar:

“O Ministério Público da União, em particular, desvinculado do seu compromisso original com a defesa judicial do Erário e a defesa dos atos governamentais, que o prendiam necessariamente aos laços de confiança do Executivo, está agora cercado de contrafortes de independência e autonomia, que o credenciam ao efetivo desempenho de uma magistratura ativa de defesa impessoal da ordem jurídica democrática, dos direitos coletivos e dos direitos da cidadania” (8).

Essa vocação à defesa da legalidade democrática é o que fundamenta a existência e o estatuto constitucional do Ministério Público. Sua missão institucional, portanto, não pode ser hermenêuticamente reduzida em suposta obediência à “bipolaridade” própria de uma teoria linear do processo. Afinal,

“mesmo que no pólo ativo da lide, visa a fiscalizar a exata aplicação da lei, em cujo favor intervém, e não em benefício da pessoa que eventualmente poderá vir a ser beneficiada por sua ação, pois, trata-se de tutelar um interesse público, e não um interesse privado” (9).

Não seria exatamente por isso que há uma diferença entre o papel do Ministério Público e do Defensor? (10)

O Ministério Público tradicionalmente ocupa o lugar que ocupa **não porque é mais importante ou porque é igual à parte ou o juiz**, mas, sim, porque ocupa um lugar que é simplesmente diferente. E isto não faz o Ministério Público ser mais ou menos democrático, assim como o uso dos elevadores privativos ou o lugar de destaque da mesa do juiz não fazem o judiciário mais ou menos democrático.

É nesse sentido que devemos superar um certo “uso reificante da linguagem”, como se as palavras carregassem um sentido próprio e nas coisas estivesse a sua essência. Enfim, é como se, de forma reificada, o sentido da democracia estivesse contido (essencialmente) na “coisa” (concepção cênica).

De qualquer sorte, poderiam ser aqui colacionadas várias indicações constitucionais da posição diferenciada assumida pela instituição do Ministério Público. E, insisto, não deve haver problema nenhum em assumir essa diferenciação. Nos termos do artigo 127 da Constituição, incumbe-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais indisponíveis. Regime democrático este, fundado em premissas principiológicas como a cidadania (art. 1º, inc. II), a promoção da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc.III), a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, inc. I) etc.

Agregue-se, por fim, que é equivocada a cisão – porque todo dualismo é metafísico – entre Ministério Público “fiscal da lei” e Ministério Público “parte” (por exemplo, o júri), como se houvesse diferença na atuação. Fazer essa cisão é o mesmo que pensar que o juiz do

cível – ao julgar ações de caráter interindividual – é diferente do juiz que decide uma ação civil pública. **O Ministério Público possui prerrogativas institucionais e garantias constitucionais exatamente porque não atua por si; sempre atua em nome da sociedade.** Na sintética assertiva de Mazzilli, “o Ministério Público é advocacia de partido – o partido dos interesses sociais e individuais indisponíveis”(11).

### **3. À guisa de conclusão: crise dos paradigmas de direito e de Estado e de como a tese da concepção cênica (sic) esconde aquilo que quer desvelar**

Relembro, por relevante, uma questão que remete a discussão ao problema dos paradigmas do direito e do Estado. Refiro-me à sempre perigosa (re)afirmação do paradigma liberal-individualista, próprio de uma determinada concepção de direito e de Estado. Assim, não podemos olvidar que:

- a) no Estado Liberal, há uma preocupação voltada para a proteção dos interesses interindividuais, fruto exatamente do triunfo contra o velho regime;
- b) no Estado Social, que exsurge da crise do modelo liberal, a preocupação passa ser a proteção de grupos, a partir de um direito promovedor, em contraponto a um direito meramente ordenador da fase liberal-absenteísta;
- c) no Estado Democrático de Direito, a preocupação passa a ser com os direitos de terceira e quarta dimensão, agregando as fases anteriores, a partir de um direito e de um Estado que, agora, passam a ter a sociedade como preocupação maior.

Veja-se, pois, a evolução: **indivíduo, grupo, sociedade**. E não há como negar que o Ministério Público – na moldura institucional que lhe foi dada pelo constituinte, reforçada na Emenda Constitucional nº 45/04 – **foi elevado ao epicentro dessas alterações ocorridas no direito e no Estado**. Os princípios e as funções institucionais que lhe dão vida afiguram-se consagrados em uma Constituição democrática, a qual, **afastando-o do Poder Executivo**, tornou-lhe, em uma consideração pragmática, esperança social.

Tenha-se em mente, no particular, que no contexto em que está imersa a sociedade contemporânea, esperança social poderá significar esperança de democracia substancial, de redução das desigualdades sociais, enfim, esperança de justiça social ou, minimamente, esperança de real e efetiva defesa dos interesses sociais.

É dizer, pois: de um Ministério Público protetor dos interesses individuais, de perfil liberal-individualista – **ao qual, certamente, os defensores da tese da concepção cênica**

**se referem** –, salta-se para um novo Ministério Público, que claramente deve assumir uma postura intervencionista em defesa do regime democrático e dos direitos fundamentais sociais, a partir de uma dupla intervenção: de um lado, utilizando os remédios constitucionais, buscando, em todas as instâncias (políticas e jurídicas), a concretização de tais direitos (direito à saúde, educação etc); de outro, atuando, com legitimidade prioritária, no combate aos delitos que colocam em xeque os objetivos da República.

É nesse contexto que a Constituição do Brasil elegeu o Ministério Público como a guardião da ordem democrática. E, convenhamos, queiramos ou não, isto não é pouca coisa. Ah, não é, não!

Portanto, a propalada “readequação” “mobiliária” da sala de audiências – ao procurar “isonomizar e/ou igualar” o Ministério Público à defesa (que é sempre defesa do indivíduo) –, **na verdade busca, consciente ou inconscientemente, corporativamente ou não, desqualificá-lo**, tendo como pano de fundo o velho paradigma liberal-individualista, em que o Estado colocava suas baterias na defesa do indivíduo, e em que o Estado era contraposto à sociedade. E nisso reside o equívoco: a sociedade **não** deve ser contraposta ao Estado; esse dualismo é falso. O Estado não é uma entidade metafísica. A sociedade se realiza no Estado. Alguém já “encontrou” o Estado por aí? Como seria a “entidade” Estado? Imaginemos a “figura” do “Estado inglês” e a do “Estado afegão”...

Dizendo de outra maneira: o Estado não é necessariamente mau, como se pensava no século XIX; ele pode ser amigo dos direitos fundamentais. A ruptura com o modelo dogmático-formalista (de cariz liberal-individualista) aparece nitidamente na dupla face do papel a ser exercido pela ação do Estado, isto é, essa alteração de papel dá-se quando o Estado, de potencial opositor a direitos fundamentais (essa era a perspectiva do modelo de direito formal-burguês), torna-se seu protetor, e, o que é mais incrível – “que o Estado se torne amigo dos direitos fundamentais” (Stern) (13), problemática bem visível na Constituição do Brasil, quando estabelece o comando da erradicação da pobreza, da construção de uma sociedade justa e solidária etc.

Isto significa afirmar que este (o Estado) deve deixar de ser visto na perspectiva de inimigo dos direitos fundamentais, passando-se a vê-lo como auxiliar do seu desenvolvimento (Drindl, Canotilho, Vital Moreira e Stern) ou outra expressão dessa mesma idéia, deixam de ser sempre e só direitos contra o Estado para serem também direitos através do Estado (14). Dito de outro modo, por detrás da tese da concepção cênica é possível vislumbrar o velho preconceito contra o Estado, e, via de consequência, contra a sociedade. Ou seja, a tese esconde exatamente aquilo que quer desvelar.

Em síntese, o Ministério Público, seja na sua atuação como fiscal da lei ou como parte, inexoravelmente deverá ser pré-compreendido no âmbito do horizonte de sentido do Estado Democrático de Direito. A tese da “concepção cênica”, além de estar fundada em um

pressuposto estruturalista de igualdade, olvida a diferença de sentido presente nos papéis desempenhados pelo defensor e pelo agente ministerial.

De todo modo, numa palavra final: a democracia não se mede pelos espaços físicos da sala de audiência e pela posição que as partes (incluído o juiz) assumem fisicamente. Fosse isso verdadeiro, a justiça norte-americana estaria em maus lençóis, pelo patamar mais alto que coloca a figura do juiz. Em *terrae brasilis*, penso que, se o assunto é tão relevante como pensa a nobre e respeitável Defensoria Pública, então que travemos um debate público sobre o assunto, sobre o tema **“como deve ser a geografia das salas de audiências dos fóruns e tribunais da República”** e como **“isso melhorará a qualidade das decisões judiciais”**. Dele deverão participar todos os envolvidos. Mas, sinceramente, não penso que isso possa ser resolvido com uma penada de uma decisão judicial que manda fazer uma “reforma mobiliária”. Ou, quem sabe, o assunto não tem essa relevância toda? Talvez estejamos mesmo, conforme definiu o Ministro Paulo Brossard citado pelo Desembargador Armínio em sua decisão, diante de uma “controvérsia mesquinha”.

## Notas

(1) Não podemos esquecer que na Europa não existem esses privilégios. A propósito: em dezembro de 2004, o presidente do governo da Espanha baixou decreto proibindo o tratamento de excelência aos membros do governo (aliás, na mesma semana em que aquele juiz brasileiro ingressou com mandamus para ser chamado de excelência e doutor).

(2) Nesse sentido, meu *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, em especial capítulos 10 e segs.

(3) Esta questão está muito clara no âmbito do Supremo Tribunal Federal. Com efeito, mesmo que o órgão fracionário “apenas afaste” a aplicação da norma infraconstitucional, por ser esta inconstitucional, não estará liberado de suscitar o respectivo incidente. Vale referir, pela relevância, a seguinte decisão do Supremo Tribunal Federal: *“Controle difuso de constitucionalidade de norma jurídica. Artigo 97 da Constituição Federal. A declaração de inconstitucionalidade de norma jurídica incidenter tantum, e, portanto, por meio de controle difuso de constitucionalidade, é o pressuposto para o Juiz, ou o Tribunal, no caso concreto, afastar a aplicação da norma tida como inconstitucional. Por isso, não se pode pretender, como o faz o acórdão recorrido, que não há declaração de inconstitucionalidade de uma norma jurídica incidenter tantum quando o acórdão não a declara inconstitucional, mas afasta a sua aplicação, porque tida como inconstitucional. Ora, em se tratando de inconstitucionalidade de norma jurídica a ser declarada em controle difuso por Tribunal, só pode declará-la, em face do disposto no art. 97 da Constituição, o Plenário dele ou seu Órgão Especial, onde este houver, pelo voto da maioria absoluta dos membros de um ou de outro. No caso, não se observou esse dispositivo constitucional. Recurso Extraordinário conhecido e provido”*. RE 179170-CE, DJ 30.10.98.

(4) A Lei nº 8.625, de 12 de fevereiro de 1993, que dispõe sobre normas gerais para a organização do Ministério Público dos Estados e dá outras providências, em seu artigo 41, inciso XI, constitui como prerrogativa dos membros do Ministério Público, além de outras previstas na Lei Orgânica, “tomar assento à direita dos Juizes de primeira instância ou do Presidente do Tribunal, Câmara ou Turma”. Por sua vez, a Lei Complementar estadual nº 106/03, em seu artigo 82, inciso X, da mesma forma assegura aos Membros do Ministério Público a prerrogativa de “sentar-se no mesmo plano e imediatamente à direita dos Juizes singulares ou dos Presidentes dos órgãos judiciários ou dos demais órgãos perante os quais oficiem, inclusive nas sessões solenes”. Assim, toda a legislação citada garante aos Membros do Ministério Público as prerrogativas e, no exercício de suas funções, “tomar assento à direita dos Juizes de primeira instância ou do Presidente do Tribunal, Câmara ou Turma”. Estabelece o artigo 128, parágrafo 5º, da Constituição Federal que “Leis complementares da União e dos Estados, cuja iniciativa é facultada aos respectivos Procuradores-Gerais, estabelecerão a organização, as atribuições e o estatuto de cada Ministério Público”.

(5) Antes que me acusem de “conservadorismo”, chamo a atenção para a diferença que existe entre a firme defesa que faço da aplicação da jurisdição constitucional – questão sobre a qual tenho escrito (*Jurisdição Constitucional, op. cit.*) e praticado de há muito, a partir da tese (que proponho) de uma Constituição Dirigente adequada a países de modernidade tardia – e a necessária crítica a discricionarismos judiciais. Não podemos esquecer que a discricionariedade é uma forma de positivismo. E, em tempos de neoconstitucionalismo, há que

se combater toda forma de resistência positivista. Afinal, o neoconstitucionalismo suplanta o positivismo (nas suas variadas faces) a partir de três frentes de batalha: a teoria das fontes, a teoria da norma e um novo paradigma interpretativo. É neste contexto que se encaixam as minhas críticas às múltiplas formas assumidas pelo positivismo nesta quadra da história.

(6) Remeto o leitor, aqui, para o meu *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, em especial item 12.10.

(7) Cf. FELDENS, Luciano. *Tutela penal de interesses difusos e crimes do colarinho branco – por uma relegitimação da atuação do Ministério Público*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, pp. 242-243.

(8) Voto proferido no Mandado de Segurança nº 21.239-DF (RTJ 147/161).

(9) Cf. OLIVEIRA, José Maria Leoni de. *A nova Lei de Investigação de Paternidade*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, pp. 148-149. Ver, também, sobre a matéria: VIEGAS, João. Reconhecimento da Paternidade. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 699, 1994, p. 13.

(10) Como assinalado pelo STF, “o Ministério Público, mesmo intervindo como fiscal da lei, qualifica-se como um dos sujeitos da relação processual” (STF, ADIn nº 758, Rel. Min. Celso de Mello, j. em 22/04/93, DJU 08/04/94; e, também, STF, Agravo Regimental nº 1.364, Rel. Min. Moreira Alves, j. em 22/05/02, DJU 02/05/03).

(11) MAZZILLI, Hugo Nigro. *Regime jurídico do Ministério Público*. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 25

(12) Cf. CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. *Constituição e Crime*. Porto: Universidade Católica do Porto, 1995, pp. 273 e segs.

(13) Id., *ibid.*, pp. 273 e segs.