

# A disposição física da Sala de Audiências: a proximidade dos Membros do Poder Judiciário e do Ministério Público e seus reflexos sobre o devido Processo Legal<sup>1</sup>

Márcia Berião Cesar<sup>2</sup>

## Resumo

O presente artigo visa analisar a inconstitucionalidade do artigo 18, I, “a”, LC 75/93 e do artigo 41, inciso XI, da Lei 8.625/1993. Os dispositivos permitem que o Ministério Público, ainda quanto órgão acusador, tome assento no mesmo plano que o juiz, enquanto a defesa fica em plano inferior e mais afastada. Pretende-se demonstrar que esta disposição cênica fere os princípios da igualdade, da isonomia, da proporcionalidade, razoabilidade, do devido processo legal, da paridade de armas e da ampla defesa, o que não condiz com o modelo de Estado Democrático de Direito.

**Palavras-chave:** Ministério público; princípios constitucionais; devido processo legal; razoabilidade; proporcionalidade; isonomia; paridade de armas.

## Abstract

The present study seeks to analyze the unconstitutionality of Article 18, I, “a” of Supplementary Law nº 75/93 and Article 41, Clause XI of the Law 8.625 / 1993. Those devices enable the prosecution, even as accusatory body, to take a seat on the same plane as the judge, while the defense is in lower and farther plan. This paper intends to demonstrate that this scenic layout injures the principles of equality, isonomy, proportionality, fairness, due process, parity and ample defense, which is not consistent with the model of a democratic state.

**Keywords:** Public ministry; constitutional principles; due process; reasonableness; proportionality; isonomy; parity arms.

## Introdução

A Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4768, proposta em 17 de abril de 2012, teve como objeto o questionamento da constitucionalidade do

<sup>1</sup> Artigo Científico apresentado como Trabalho de Conclusão do Curso de Direito – 2014 – Faculdade de Direito de Valença – Centro de Ensino Superior de Valença – Fundação Dom André Arcoverde. Professor Orientador Ms. Alexandre Motta Tinoco

<sup>2</sup> Bacharelada do Curso de Direito da Faculdade de Direito de Valença – 10º período – 2014

artigo 41, inciso XI, da lei 8.625/1993<sup>3</sup>, assim como do artigo 18, inciso I, alínea “a” da Lei Complementar 75/1993<sup>4</sup>, que conferem ao Ministério Público a prerrogativa de tomar assento ao lado do magistrado na sala de audiências e no Tribunal do Júri.

Ao Ministério Público foram reconhecidas diversas funções institucionais, assim como disposto pelo art. 129, CRFB, entre as quais, a de atuar em defesa da ordem jurídica e fiscalizar o cumprimento das leis e a aplicação da Constituição. É notório que o poder de atuação do Ministério Público na persecução de provas confere ao Poder Judiciário melhores condições para proferir julgamentos mais justos. Tudo isso está de acordo com o Estado Democrático de Direito. No entanto, o que se questiona é a prerrogativa destinada ao órgão da acusação, que coloca o indivíduo em desvantagem frente ao Estado, justamente no ambiente de julgamento, onde os princípios do devido processo legal e da isonomia deveriam reinar.

Um privilégio sem fundamento, baseado unicamente na tradição. Por isso, este artigo pretende demonstrar que sua aplicação não deve prevalecer, sob a perspectiva de que sua manutenção estaria em desacordo com princípios do Estado Democrático e da Constituição Federal de 1988.

Sob este aspecto, segundo a perspectiva Kantiana, mencionada por Norberto Bobbio, a finalidade última do Direito estaria dividida em três grupos: ordem, liberdade e igualdade. Sobre a igualdade afirma:

Um ordenamento jurídico não pode ser considerado justo se não protege os fracos dos fortes, os pobres dos ricos, se não estabelece com as próprias regras uma medida, ou uma série de medidas, com as quais seja impedida a prevaricação, e todos os membros de uma sociedade recebam igual tratamento com base em certos critérios fundamentais (...).

Segundo esta teoria, não é suficiente que o direito imponha uma ordem qualquer: é preciso que a ordem seja justa e por “justa” entende-se que de fato fundada no respeito à igualdade. (BOBBIO, 1984, p.72/73)

Conforme Pimenta Bueno: “(...) lei deve ser uma e a mesma para todos; qualquer especialidade ou prerrogativa que não for fundada só e unicamente em uma razão muito valiosa do bem público será uma injustiça e poderá ser uma tirania” (BUENO, 1857, p. 424).

<sup>3</sup> Art. 41, inciso XI, Lei 8.625/1993: “Constituem prerrogativas dos membros do Ministério Público, no exercício de sua função, além de outras previstas na Lei Orgânica: [...] XI - tomar assento à direita dos Juízes de primeira instância ou do Presidente do Tribunal, Câmara ou Turma”. Disponível em [www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8625.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8625.htm). Acesso em 02/10/2014.

<sup>4</sup> Art. 18, inciso I, alínea “a”, Lei Complementar 75/1993: “São prerrogativas dos membros do Ministério Público da União: I - institucionais: a) sentar-se no mesmo plano e imediatamente à direita dos juízes singulares ou presidentes dos órgãos judiciários perante os quais oficiem;” Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/lcp75.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp75.htm). Acesso em 02/10/2014

A história do Direito percorreu um longo e árduo caminho até aqui e suas conquistas devem ser resguardadas, assim como outras devem ser fomentadas, para que se atinja uma proximidade cada vez maior com o ideal de justiça e bem-estar comuns.

O Direito é uma criação humana, um fenômeno histórico, social e cultural, fruto da invenção humana. O Direito surge da necessidade de se estabelecer um meio que possibilite a convivência mútua, com foco na resolução de conflitos que surgem a partir desse convívio. Partindo daí, o Direito é a admissão humana de que o indivíduo fracassa ao autodeterminar-se diante do outro. Um paradigma surge: num extremo, a necessidade do indivíduo como ser social, que deve colaborar e que depende da colaboração dos outros indivíduos para a sua existência; e na outra extremidade, a dificuldade de manter uma convivência pacífica.

Todo paradigma causa uma inquietação crescente, que empurra a humanidade para a busca de soluções possíveis. Da solução ou soluções eleitas, emergem efeitos principais e colaterais, que terão pontos positivos e negativos. Muitas soluções parecem resolver a necessidade naquele momento em que são usadas, mas logo demonstram fragilidade, revelando seus efeitos negativos e requerem curativos, remendos e até mesmo outras soluções que as superem.

Essa superação, por assim dizer, nunca se dá por completo, por mais que isso pareça plausível. Uma vez que implementada em determinado momento, uma solução, mesmo após suplantada por outra, se mantém no ideário da humanidade, nem que seja como degrau onde se apoiam as novas ideias.

Um desses degraus foi a solução denominada Estado Absoluto, que foi superado, mas nos deixou de base a soberania. Olhando para a origem do Estado Absoluto é mais fácil compreender o surgimento do Estado Democrático de Direito, não como um contraponto deste, mas como um desdobramento natural da evolução da sociedade, que busca incessantemente soluções para sua manutenção e desenvolvimento.

A sociedade medieval apresentava um caráter pluralista. O Direito surgia de diferentes fontes de produção jurídica e estava organizado em diversos ordenamentos jurídicos. Como tais consideravam-se o costume, a vontade da classe política, a tradição doutrinária e as atividades das cortes de justiça. O Estado Absoluto surge no início da Idade Moderna para tentar unificar as fontes de produção e os ordenamentos jurídicos, portanto, como um desdobramento compreensível, com o intuito de sanar as deficiências que a forma pluralista medieval impunha à sociedade.

Para que isso fosse possível, o Estado precisava estar acima de qualquer poder, fosse da Igreja, do Império ou de qualquer outro – ser a única fonte de Direito sendo, então, o alicerce do soberano.

O Estado Absoluto foi apoiado pelo pensamento político de Thomas Hobbes, segundo o qual, o homem como indivíduo é incapaz de portar-se em sociedade pacificamente, por sua própria natureza, não podendo por si mesmo defender-se dos outros e muito menos defender alguém. Segundo Hobbes:

(...) é preciso designar um homem ou uma assembleia de homens para representar a todos, considerando-se e reconhecendo-se cada membro da multidão como autor de todos os atos que aquele que representa sua pessoa praticar ou levar a praticar, em tudo o que disser respeito à paz e segurança comuns, submetendo, assim, suas vontades à vontade do representante, e seus julgamentos a seu julgamento. Isso significa muito mais que consentimento ou concórdia, pois é uma verdadeira unidade real de todos, numa só e mesma pessoa, por meio de um pacto de cada homem com todos os homens, de um modo que é como se cada homem dissesse a cada homem: desisto do direito de governar a mim mesmo e cedo-o a este homem, ou a esta assembleia de homens, dando-lhe autoridade para isso, com a condição de que desistas também de teu direito, autorizando, da mesma forma, todas as suas ações. Dessa forma, a multidão assim unida numa só pessoa passa a chamar-se Estado (em latim Civitas). É esta a geração daquele grande Leviatã, ou antes (para falar em termos mais reverentes) daquele Deus Mortal, ao qual devemos, abaixo do Deus Imortal, nossa paz e defesa. Pois graças a esta autoridade que lhe é dada por cada indivíduo no Estado, é-lhe conferido o uso de tamanho poder e força que o terror assim inspirado o torna capaz de conformar as vontades de todos eles, no sentido da paz em seu próprio país, e ela ajuda mútua contra os inimigos estrangeiros. É nele que consiste a essência do testado, a qual pode ser assim definida: Uma pessoa de cujos atos uma grande multidão, mediante pactos recíprocos uns com os outros, foi instituída por cada um como autora, de modo a ela poder usar a força e os recursos de todos, da maneira que considerar conveniente, para assegurar a paz e a defesa comum. Àquele que é portador dessa pessoa se chama soberano, e dele se diz que possui poder soberano. (HOBBS, 2009, pp. 126 e 127)

Até onde se expôs, trata-se de um Estado Absoluto, sem limites, mas apenas no sentido jurídico, pois poderiam ser admitidos outros limites, como o religioso e o moral. O príncipe estaria acima das leis, sem que estivesse necessariamente acima das leis de Deus e da moral.

O Estado sem quaisquer limites surge da ideia de que o príncipe, o soberano, estaria acima do bem e do mal, livre de qualquer vínculo moral. Tal ideia ganha força no que se chama de maquiavelismo, que chega a fazer parte da Teoria da Razão do Estado, contribuindo para a consolidação do poder absoluto. Por essa teoria o Estado tem razões que o autorizam a agir de modo que o indivíduo, nas mesmas circunstâncias, não poderia agir. Assim afirmou Maquiavel: “O príncipe, portanto, não deve se incomodar com a reputação de cruel, se seu objetivo é manter o povo unido e leal.” (MAQUIAVEL, 2010, p 85)

O que ocorreu com tal extremismo é de fácil dedução, o príncipe de posse do poder absoluto, sem dúvida abusou do poder. Como consequência disso, a reação e a decadência. A soberania sem limites do príncipe precisou ser de alguma forma contida, surgindo como contraponto o Estado Democrático de Direito.

O Estado Democrático de Direito, por sua vez, apoiou-se sobre várias teorias, dentre as quais, as Teorias do Jusnaturalismo, de onde nascem os direitos fundamentais, oponíveis até mesmo ao Estado; a Teoria da Soberania Popular ou Democracia, pela qual o titular do poder é o povo, dele emanando o poder do Estado e a Teoria da Separação dos Poderes, que pretende limitar o poder Estatal dividindo-o em órgãos de funções distintas, de modo que, não tendo o poder absoluto, devam manter o equilíbrio dos poderes.

No Direito brasileiro, através da Constituição Federal de 1988, em seu artigo 2º, encontra-se consagrada a teoria da separação dos poderes, ao se proclamar a independência e a harmonia entre os Poderes da União: Legislativo, Judiciário e Executivo.

Segundo a Teoria da Separação dos Poderes, a massa do poder estatal não mais se concentraria em uma só pessoa, mas seria distribuída entre diversas pessoas e órgãos com funções distintas, de modo a se evitar o abuso que ocorria no Estado Absoluto.

Essa limitação do poder estatal decorreria da separação dos Poderes e produziria um controle recíproco entre os órgãos distintos do governo.

O autor Norberto Bobbio afirma que:

Segundo esta teoria, o limite do poder nasce da sua própria distribuição, por duas razões: 1) não existirá mais uma só pessoa que tenha todo o poder, mas cada uma terá somente uma porção do mesmo; 2) os órgãos distintos aos quais serão atribuídas funções distintas se controlarão reciprocamente (balança ou equilíbrio dos poderes) de maneira que ninguém poderá abusar do poder que lhe foi confiado. Se se consideram como funções fundamentais do Estado a função legislativa, a executiva e a judiciária, a teoria da separação dos poderes exige que existam tantos poderes quantas são as funções e que cada um dos poderes exerça uma só função, assim que possa surgir o Estado desejado por esta teoria, Estado que foi também chamado Estado Constitucional, quer dizer aquele Estado no qual os poderes legislativo, executivo e judiciário são independentes um do outro e em posição tal que podem controlar-se reciprocamente. (BOBBIO, 1984, p. 16)

Partindo da análise, mesmo que superficial, da Teoria da Separação de Poderes, não é difícil alcançar que a imparcialidade do juiz, como órgão do Poder Judiciário, é da essência de sua própria função. A proximidade física do juiz com o Ministério Público desafia, dessa forma, a própria estrutura do Estado, mesmo quando considerada como uma mera potencialidade de mitigar a imparcialidade inerente ao Poder Judiciário. Segundo a Declaração Universal dos Direitos do Homem, em seu artigo 10: “Todo ser humano tem direito, em plena igualdade, a uma justa e pública audiência por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir sobre seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ele.”

Como se pode depreender do exposto, grande esforço se fez para sanar as falhas apresentadas pelo modelo Absoluto de Estado, buscando-se formas de garantir o que Norberto Bobbio chamou de direitos de primeira dimensão: “num primeiro momento, afirmaram-se os direitos de liberdade” (BOBBIO, 2004, p. 32).

Os direitos de primeira dimensão referem-se aos direitos fundamentais do homem contra os governos absolutos e arbitrários, com o propósito de limitar a ação do Estado e garantir a preservação de direitos individuais (à vida, à liberdade e à igualdade – a princípio, apenas formal).

Longo caminho se trilhou dos primórdios do Direito até a promulgação da Constituição brasileira de 1988. Caminho por demais longo e árduo para que se permita a violação de princípios fundamentais por norma de nenhuma valia.

## **A nova Hermenêutica Constitucional e o papel dos Princípios Constitucionais na interpretação do Direito**

Partindo do conceito de hermenêutica, como a ciência da interpretação, resta bastante factível sustentar que a efetividade da Constituição encontra-se diretamente relacionada ao seu processo de interpretação. Sob este aspecto, a evolução da hermenêutica constitucional nos revela que os métodos de interpretação tradicionais tornaram-se insuficientes para abarcar o processo de interpretação da Constituição, impondo-se uma mudança de postura do intérprete.

436

As perguntas mudam, as respostas precisam mudar, para que se consiga alcançar um horizonte mais amplo e assim, se prossiga evoluindo, ampliando o campo de visão. Para Hans-Georg Gadamer, “a hermenêutica é a teoria filosófica do conhecimento que afirma que todos os casos de compreensão envolvem necessariamente tanto interpretação quanto aplicação.” (SCHMIDT, 2012, pág. 12)

Quando a Constituição Federal de 1988 foi promulgada, inaugurou-se um período de mudanças, algumas imediatas, outras por efetivar, mas, sem dúvida, houve uma mudança de paradigmas. Diante dessa nova realidade, a hermenêutica tradicionalmente aplicada já não seria capaz de efetivar a compreensão do fenômeno constitucional.

Lançando um olhar para a história de nosso país, constata-se um passado colonial, de uma colonização absolutamente investida de fins exploratórios. Tudo que fosse valioso interessava a Portugal, em detrimento de qualquer interesse brasileiro. Por isso, qualquer ação do colonizador que visava a construção ou melhoria da colônia, em última instância, sempre ocorria por algum interesse da corte portuguesa. Essa experiência, de extração, de abuso e de exploração, ficou gravada na memória brasileira de forma que, mesmo após a independência de Portugal, seus reflexos permaneceram contaminando a forma de pensar, o *modus vivendi* da sociedade brasileira e de seu governo.

Muitos desses reflexos podem ser constatados nas Constituições que precederam a Carta Constitucional de 1988, que em muitos aspectos sucumbiam em face de desmandos, direitos ignorados, rebeliões, golpes, interesses, enquanto o bem estar do povo brasileiro em geral ia sendo negligenciado.

Com esse histórico, a promulgação da Constituição Federal de 1988, denominada Constituição Cidadã, não teria como promover superação de problemas sociais e jurídicos brasileiros, ainda que apontasse para um caminho diferente daquele trilhado até então, representando o grande marco na história da jovem Democracia brasileira, sem o apoio de uma nova hermenêutica. Trata-se de uma constituição principiológica e seus princípios vão permear todos os outros ramos do Direito.

No cenário pós-positivista, tempos da modernidade tardia, tornou-se imprescindível uma nova forma de interpretação do texto constitucional e de seu contexto. As fórmulas de interpretação tradicionais: método subsuntivo e os elementos clássicos da hermenêutica, quais sejam: gramatical, lógico, histórico, sistemático e teleológico, precisaram ser enriquecidos com uma nova hermenêutica chamada de constitucional, mas que vai além disso, é filosófica e busca atender às novas demandas, que já não podem mais ser resolvidas pelos métodos clássicos.

Não se pode ter o novo e insistir em usar as ferramentas de entendimento do momento precedente, sob pena de desfigurar o que se apresenta ou, não alcançando sua amplitude, impedir a manifestação, a materialização de suas potencialidades. Assim, o desafio estava em inovar o próprio olhar sobre a Constituição.

A Constituição, com seus inúmeros princípios, diante do emergente Estado Democrático de Direito, pressupõe a desconstrução do cenário tradicional antecedente. No desafio desconstrução/construção, a hermenêutica exerce seu papel primordial – o desvelamento do que estava oculto, para que se revele a existência dessa nova realidade constitucional.

A hermenêutica tradicional não pode dar conta desse desvelamento, porque pensa o ser como ente, destinando-lhe a condição de objeto. Para que o Estado Democrático de Direito e sua Constituição possam existir (e só podem existir se forem compreendidos como tal) a hermenêutica jurídica precisa romper a barreira metafísica, que relega o pensamento jurídico a um carácter tecnicista, convertendo-se em uma hermenêutica que propicie ao Direito revelar seu carácter transformador, capaz de acompanhar a sociedade em movimento, do ser que não “é” e sim “está sendo”, do “ser-aí” (“Dasein”) de Heidegger, que afirma que “fenomenologia da pre-sença é hermenêutica no sentido da elaboração das condições de possibilidade de toda investigação ontológica.” (HEIDEGGER, 2002, p. 28)

Essa nova hermenêutica não deve ser vista como mera ferramenta, nela a subsunção perde espaço para a ponderação. Erguem-se os princípios e valores com base à interpretação constitucional e infraconstitucional, norteando o legislador e o julgador.

O positivismo jurídico não dá conta da efemeridade das questões trazidas ao direito por uma sociedade em transformação constante como a de hoje. O

pós-positivismo deve então apoiar-se sobre essa nova hermenêutica, na qual os princípios, e não mais as regras específicas, têm a abrangência e abstração necessárias para alcançar as velozes mudanças sociais, e, conseqüentemente do Direito em si.

Esse desafio pós-positivista é evidenciado na prática jurídica. Segundo Robert Alexy:

Em um grande número de casos, a decisão jurídica que põe fim a uma disputa judicial, expressa em um enunciado normativo singular, não se segue logicamente das formulações das normas jurídicas que se supõem vigentes, juntamente com os enunciados empíricos que se devam reconhecer como verdadeiros ou provados. (ALEXY, 2011, p.19)

Sobre os novos caminhos da hermenêutica jurídica, afirma Cleyson de Moraes Mello: “A hermenêutica tem de ocupar o seu posto como a arte da compreensão, esclarecendo as suas condições estruturais ontológicas e não como um procedimento metodológico em distonia com o elemento espaço-temporal.” (MELLO, 2011, p. 100)

## O Estado Constitucional Democrático de Direito Contemporâneo e a garantia de um Processo Justo

438

A sociedade atual, com todos os avanços alçados através dos tempos, não pode prescindir de um Direito capaz de acompanhar sua evolução. No Estado Constitucional Democrático de Direito Contemporâneo existem garantias que jamais podem ser ignoradas, sob pena de restar violada a sua própria essência. São garantias de seu propósito, que se inferem da sua própria existência: há um Estado, cujo poder é de todos – já que é democrático e que deve prestar a tutela ao cidadão, já que é soberano. Há uma Constituição que assegura as garantias e o Direito, que não só abrange as normas (princípios e regras), mas, também, deve garantir sua aplicação e acesso a ele. É nesse ponto que se verifica a necessária efetividade do processo justo – *due process of law* – devido processo legal, que pressupõe um processo efetivamente justo.

A aceção contemporânea do Estado Constitucional de Direito é ressaltada pela Prof.<sup>a</sup> Rosana Josefa (2012 *apud* GRECO, 2002 p.7) em seu artigo: O Justo Processo, no qual trata do assunto:

O Estado Democrático e Social Contemporâneo não é um Estado como o de 1919, fundado na hipertrofia do *L'Etat c'est moi* até o *Volksgeist*, de triste memória. É o Estado da Democracia Real, das liberdades concretas, do humanismo integral e da intervenção estatal com objetivos instrumentais claramente definidos, em especial o de suprir deficiências dos mais fracos, para que possam exercer com plenitude as próprias potencialidades em



igualdade de condições. É o Estado que se autolimita, subordinando sua própria ingerência à *rule of law*, da participação prévia dos interessados no processo de formação da vontade estatal. É o Estado cujos poderes estritamente regulados na lei, cujas decisões devem ser impessoais (...). É o Estado cuja intervenção na vida social se destina a garantir a mais completa projeção da dignidade e das liberdades humanas (...) e não a tolher ou cercear aquela dignidade e aquela liberdade. (SILVA, 2012, p. 57)

## **Os princípios da Proporcionalidade e da Razoabilidade como parâmetros do controle de Constitucionalidade dos atos do poder público**

O princípio da razoabilidade está ligado ao princípio do devido processo legal, funcionando como um regulador dos atos administrativos. Segundo Humberto Bergman Ávila a razoabilidade possui três acepções, que possibilitam sua melhor compreensão: equidade, congruência e equivalência.

A equidade se reflete na harmonização da norma ao caso individual, sendo, muitas vezes, necessário interpretar se a aplicação da lei condiz com a situação fática. Não raro, será preciso ir além da regra para não ferir princípios constitucionais.

A congruência busca garantir que a regra não esteja aquém do que necessita a sociedade, evitando sua desconexão com a realidade social, evitando-se, com isso, arbitrariedades.

A equivalência, por sua vez, é a simetria entre a medida e a finalidade de sua aplicação. (ÁVILA, 2009, pp. 152/153)

Percebe-se, pelo exposto, que as leis confrontadas pela ADI 4768 colidem com o princípio da razoabilidade, faltando-lhes congruência e equivalência. O resultado da realidade por elas provocado é injusto, já que fere direitos fundamentais do acusado, em nome da manutenção da tradição de privilégio ao Ministério Público.

Segundo Virgílio Afonso da Silva, embora tenham objetivos semelhantes, os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade são diferentes, logo, quando revestidas de uma conotação técnico/jurídica, suas nomenclaturas não podem ser tidas como sinônimas.

O princípio da proporcionalidade vem sendo mal aplicado. Por vezes é citado sem qualquer fundamentação, inclusive pelo Supremo Tribunal Federal, em outras, é confundido como o princípio da razoabilidade, cuja verificação não se submete a critérios tão rigorosos, destinando-se, meramente, a afastar atos estatais irrazoáveis.

Em verdade, o autor sustenta que a proporcionalidade é uma regra, embora o uso do termo princípio seja admissível, por sua força semântica. E prossegue para afirmar que as regras são aplicadas pelo método da subsunção, enquanto os princípios somente se submetem às hipóteses de colisões recíprocas.

Em consequência, a aferição da proporcionalidade de um ato exige sua submissão às seguintes sub-regras: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, nessa ordem de prevalência e em caráter subsidiário.

Analisando cada sub-regra, separadamente, verifica-se que a adequação consiste na capacidade ou aptidão do ato aferido para alcançar ou, ao menos, fomentar, a realização do objetivo pretendido.

Segue-se, então, para a análise da necessidade. Diversamente da adequação, a necessidade não revela um exame absoluto, sendo a sua verificação decorrente de um contraponto, para que se estabeleça um comparativo. É preciso analisar se a medida tomada pelo Estado é a melhor, a de menor restrição possível ou se não haveria outra que, igualmente, proporcionasse o alcance do objetivo pretendido, com menor impacto sobre os direitos fundamentais. Como visto, contrapõe-se a medida e sua finalidade com algum direito fundamental a ser restringido pela implementação do ato Estatal.

Por fim, a proporcionalidade em sentido estrito revela a realização de uma verdadeira ponderação de interesses, verificando-se o peso de cada direito fundamental atingido, em contraposição ao constrangimento da medida. Trata-se, em verdade, de uma relação custo/benefício, na qual são ponderados os ônus e os bônus decorrentes da medida aferida e aqueles são compensados por estes. (SILVA, 2002, pp. 23/50)

## Os Princípios Constitucionais do Processo

### O Princípio do Devido Processo Legal: origem e desenvolvimento

Para efeito deste estudo, o Princípio do Devido Processo Legal será abordado a partir de três perspectivas: seu suposto nascedouro, na Inglaterra, sua chegada à América e sua adoção pela Constituição brasileira de 1988.

Quanto ao primeiro elemento, convencionou-se que o marco acerca da origem histórico-formal do Princípio do Devido Processo Legal se deu na Inglaterra, durante a alta idade média, no tempo do reinado de João Sem-Terra.

Em 1215, quando foi assinada a Carta Magna, havia uma cláusula que comprometia a coroa a respeitar direitos dos cidadãos à terra, sob a denominação “*Law of Land*”, em latim: “*per legem terrae*”, lei da terra.<sup>5</sup> Em consequência da rebelião dos barões ingleses contra a política espoliativa de João Sem-Terra, rei de linhagem normanda, que dominava a Inglaterra naquele tempo, a coroa se viu impelida à assinatura de tal documento. O direito à terra já fazia parte do direito anglo-saxão na época, como costume, mas foi formalizado na cláusula 39 do referido documento que conferia garantias de liberdade e proteção aos ditos “homens livres”, garantindo a eles julgamento legítimo de seus iguais e/ou de acordo com a lei da terra.

<sup>5</sup> Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello: “(...) o direito assente e sedimentado nos precedentes judiciais, os quais exprimam a common law”. Curso de direito administrativo. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p 106.

Infere-se, do conteúdo da cláusula, o cerne do princípio estudado, pelo qual o monarca se dobraria à lei posta e garantiria que o julgamento do acusado seria feito por seus pares. Um julgamento legítimo com base na lei. A referida cláusula funcionaria como uma contenção do poder e foi dessa forma que se perpetuou no Direito Constitucional vindouro. Interessante observar que a cláusula impunha a observação da lei do lugar (direito da terra), de forma que mesmo o rei invasor seria obrigado a respeitá-la.

Conforme Arturo Hoyos, as expressões: “*Law of Land*” e “*per legem terrae*”, vincularam-se ao Direito consuetudinário ou comum (Common Law) inglês e referem-se ao que mais tarde será chamado de “*Due Process of Law*”. (HOYOS, 1998, p.7)

Segundo Suzana de Toledo Barros: “A Inglaterra viu surgirem as primeiras reivindicações da força substantiva do Devido Processo” (BARROS, 2003, p. 60)

Permaneceu o conceito, embora naquele tempo a Carta Magna tenha sido desrespeitada.

A expressão “*Due Process of Law*”, surgiu em 1354, no reinado de Eduardo III, mas se aceita que as expressões citadas anteriormente teriam o mesmo sentido que esta.

Mais tarde, na América do Norte, a cláusula do Devido Processo Legal ressurgiria, a partir da Declaração de Independência dos Estados Unidos da América.

Antes da consolidação do Estado Federal Americano, quando ainda não era independente da Inglaterra, as cartas das colônias já utilizavam o princípio. Sendo assim, tanto as colônias norte-americanas, quanto, posteriormente, os Estados independentes americanos mantiveram as expressões originais de direito da terra, não utilizando a expressão “*Due Process of Law*”.

Em verdade, a Constituição norte-americana de 1787 não continha a cláusula, sob qualquer denominação, o que foi corrigido com a declaração, “*Bill of Rights*”, um conjunto de dez emendas constitucionais realizadas em 1791, que incluía a cláusula, e dessa vez, sob a denominação: “*Due Process of Law*”.

Nesse primeiro momento, a cláusula encontrava-se restrita à finalidade de conter somente o poder do governo da União, não se estendendo aos governos estaduais, o que propiciou que cometessem arbitrariedades. Por esta razão, após as “emendas de reconstrução”, em 1868, em particular, através da 14ª emenda, a cláusula passou também a alcançar os governos estaduais.

A partir daí, os aspectos procedimental e material dessa cláusula se fortaleceram, buscando resguardar os direitos do indivíduo frente ao Estado, originando duas doutrinas: “*Procedural Due Process*” e “*Substantive Due Process*”.

Finalmente, no Brasil, a cláusula foi incluída na Constituição Federal de 1988, sob o amparo do título de direito fundamental, no artigo 5º, inciso LIV: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.” Deve-se considerar que o termo “*Law*”, da expressão em língua inglesa, deve ser entendido como direito, que possui sentido mais amplo que “lei”, na língua portuguesa. Por isso, embora o termo usado em português seja “legal”, ele possui o sentido mais abrangente, conforme o termo do qual se originou.

### **A) O Devido processo legal em sentido processual (*Procedural due process*)**

Conforme assevera André Ramos Tavares, o devido processo legal no sentido formal, adjetivo ou processual “significa a garantia concedida à parte processual para utilizar-se da plenitude dos meios jurídicos existentes”. (TAVARES, 2002, p. 483). Daí decorrem garantias como a paridade de armas, ampla defesa, contraditório, entre outras.

Segundo Ingo Wolfgang Sarlet:

(...) Acima de tudo, os direitos fundamentais – na condição de defesa – objetivam a limitação do poder estatal, assegurando ao indivíduo uma esfera de liberdade e outorgando-lhe um direito subjetivo que permita evitar interferências indevidas no âmbito de proteção do direito fundamental ou mesmo a eliminação de agressões que esteja sofrendo em sua esfera de autonomia pessoal. (2009, p. 168)

### **B) O Devido processo legal em sentido material (*Substantive due process*)**

O devido processo legal, em seu sentido substantivo ou material, é o que contém o Estado diante do indivíduo, que garante ao indivíduo direitos que mesmo o Estado, com toda a sua força, não pode violar.

442

O arbítrio do Legislativo e a discricionariedade dos atos do Poder Público vergam-se sob certos limites da razoabilidade e da proporcionalidade, garantidos por esse princípio. Segundo Barroso, “é por seu intermédio que se procede ao exame da razoabilidade (*reasonableness*) e da racionalidade (*rationality*) das normas jurídicas e dos atos do Poder Público em geral”. (BARROSO, 2001, p. 214)

## **O Princípio da Isonomia Processual**

Isonomia e igualdade são termos aplicados muitas vezes como sinônimos, embora não sejam. É compreensível esse equívoco, pois os conceitos se entrelaçam.

A igualdade proíbe privilégios. Através dela entende-se o tratamento igualitário, sem diferenças. A isonomia reconhece as diferenças e busca igualar as forças tratando desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades. É pelo princípio da isonomia que alguns tributos são cobrados em tarifas mais altas para aqueles que têm maiores ganhos, como é o caso do imposto de renda. Cobrar igualmente de todos não se traduziria em tratamento isonômico, pois as capacidades contributivas são desiguais.

### **a) Igualdade Perante a Lei ou Igualdade Formal**

A igualdade formal está consagrada no caput do artigo 5º da CRFB/1988: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza.” A igualdade puramente formal é a que está prevista na lei, base do Estado Liberal clássico e sobre a qual se ergueram grandes desigualdades econômicas e sociais.

Quanto às leis que disciplinam a organização do Ministério Público e a carreira dos seus membros, a Lei Complementar 75/93 e lei 8.625/93, garantem aos membros do Ministério Público tomar assento ao lado direito e no mesmo plano do magistrado, o que, sem dúvida, constitui um privilégio. Vistas pelo prisma da igualdade, mesmo que formal, já se pode dizer que violam esse princípio.

Observe-se que a Defensoria Pública possui dispositivo legal que autoriza seus membros a tomar assento no mesmo plano que o Ministério Público, na forma da Lei Complementar nº 80/94 (com alterações introduzidas pela LC 132/90), art. 4º, § 7º.

Saliente-se que a Associação Nacional dos Defensores Públicos requereu seu ingresso na ADI 4768, na qualidade de *amicus curiae*, pois, o cumprimento de lei é observado quando se trata do Ministério Público e desrespeitado ao tratar da Defensoria Pública.

Ainda que se fizesse cumprir a lei, admitindo-se aos defensores públicos tomar assento no mesmo plano que o Ministério Público, o princípio da igualdade ainda restaria ferido, uma vez que os advogados de defesa não gozam da mesma prerrogativa.

#### **b) Igualdade na Lei ou Igualdade Material**

Se do ponto de vista formal as leis citadas já deixavam a desejar, é no campo da igualdade material que seus danos se tornam sobrelevados.

A isonomia garante a materialidade do princípio da igualdade, buscando equilibrar a balança minorando as desigualdades. Defende que a igualdade se dá através do tratamento desigual, na medida das desigualdades. Trata-se de conceito bem antigo citado pelo filósofo Aristóteles e está em consonância com o momento atual, pós-positivista, sob a luz da nova hermenêutica, que deve ser buscada pelo Estado Social.

Sobre a importância dos princípios e valores para a nova hermenêutica, afirma Paulo Bonavides: “(...) são o oxigênio das Constituições na época do pós-positivismo.” (BONAVIDES, 1998, p. 252).

Sem isonomia, não há como haver igualdade material. O privilégio somente se justifica quando existe sob o escopo de equilibrar as forças para o alcance do que é justo.

No caso em tela, o tratamento privilegiado do Ministério Público mostra-se completamente desarrazoado, posto que a distribuição dos contrapesos dessa forma desequilibraria ainda mais a balança: de um lado todo o aparato estatal e do outro o indivíduo.

Os dispositivos de lei questionados pela ADI 4768 ferem o princípio da igualdade formal e ferem o princípio da igualdade material. O tratamento diferenciado dispensado ao Ministério Público lhe confere ainda mais poder que o já imanente ao órgão.

Nessa esteira, José Afonso da Silva (2004, p.216) preconizou:

(...) o princípio não pode ser entendido em sentido individualista, que não leve em conta as diferenças entre grupos. Quando se diz que o legislador não pode distinguir, isso não significa que a lei deva tratar todos abstratamente iguais, pois o tratamento igual não se dirige a pessoas integralmente iguais entre si, mas àquelas que são iguais sob os aspectos tomados em consideração pela norma, o que implica que os “iguais” podem diferir totalmente sob outros aspectos ignorados ou considerados como irrelevantes pelo legislador.

Portanto, a ADI 4768 sustenta que a desigualdade material entre Ministério Público e defesa-técnica deva ser sanada através da mudança de disposição dos móveis na sala de audiências e sessões de julgamento nos tribunais, diminuindo a desproporção de forças entre as partes.

É sobretudo no direito penal que fica evidenciado o desrespeito ao princípio da igualdade e da isonomia, já que flagrantemente ignorada a paridade de armas, ou seja, a distribuição das forças visando um processo justo e um julgamento isento. No processo penal deve vigorar a presunção de inocência e, através da ampla-defesa e do contraditório, consubstanciam-se elementos para a busca da justiça.

O fato do Ministério Público ocupar lugar próximo ao juiz pode transparecer aos olhos dos jurados, em sessão de julgamento no tribunal do júri, que a presunção é de culpa, ou dolo e não de inocência. É nessa situação que a legislação deveria cercar o cidadão de todas as proteções aos seus direitos, conferindo a ele meios de defender-se perante as acusações de igual para igual, com paridade de armas, não só permitindo-lhe a defesa, mas a ampla defesa, conforme formalmente consta no ordenamento.

444

O Advogado-Geral da União, em resposta à ADI proposta, a Associação Nacional dos Membros do Ministério Público, que requereu sua admissão como “*amicus curiae*” e o jurista Lênio Luiz Streck, são alguns dos que compartilham de opinião contrária à apresentada até então, entendendo que as mencionadas leis não devem ser consideradas inconstitucionais.

Os defensores do *status quo*, entre outras alegações, sustentam que não se trata de tema relevante o suficiente para ser matéria de ADI.

Não bastasse todo o exposto até o momento, confrontando as leis apontadas com princípios e valores por ela ameaçados, o tema demonstra sua relevância, (conforme aduz o próprio texto da ADI 4768) uma vez que inspirou importância suficiente a ponto de ser tratado em Lei Complementar. Ademais, observam-se diversas petições requerendo participação na ADI na figura de “*amicus curiae*”, demonstrando o interesse suscitado pelo tema.

Na obra intitulada: A Tirania, de Vittorio Alfieri lê-se:

[...] Os ultrajes não têm, perante os diferentes povos e indivíduos, o mesmo caráter de gravidade. Não obstante, devem ser considerados sempre pelos

que, não merecendo ultraje algum, sentem muito vivamente, e até o fundo do coração, a menor injúria. Devo dizer, pois, a este pequeno número (infelizmente demasiado pequeno, porque se fosse a maioria, todo opressor público deixaria de sê-lo imediatamente) [...] (ALFIERI, 1943, p. 91)

Outro ponto abordado para embasar a afirmação de constitucionalidade trata-se da afirmação de que os princípios da isonomia, da paridade de armas, da ampla defesa e do devido processo legal não seriam afetados pelas leis citadas, assunto já enfrentado neste artigo, demonstrando o total desrespeito ao cidadão e às suas garantias, que possui poder infinitamente menor que o estatal.

Em parecer elaborado por José Afonso da Silva, a pedido do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, e juntado à ADI 4768, o ilustre professor esclarece:

(...) isso é sem dúvida, um *discriminen* sem uma razão objetiva que sustente sua validade. No caso, não há um fator de discriminação racional e lógico para atribuir específico tratamento jurídico construído em função de desigualdade proclamada. O dispositivo é, pois, inconstitucional.

Com o intuito de demonstrar a conformidade dos dispositivos legais com a Constituição e seus princípios, alegam, ainda, que a disposição cênica na sala de audiências em nada interfere na percepção da realidade pelos jurados ou outros participantes do julgamento. Não é o que diz a ciência da Psicologia, cujo estudo tem demonstrado que o poder do simbólico influencia a percepção humana, assim como a percepção visual é capaz de alterar a cognição.

Para o Direito e, sobretudo, para o Direito Penal, a semiótica tem papel relevante, já que eivados de rituais e conteúdos simbólicos. Conforme assevera Pierre Bourdieu: “os sistemas simbólicos podem ser vistos como estruturas estruturadas e passíveis de análise estrutural, ou seja, o mito, a língua, a arte, a ciência são instrumentos de conhecimento de construção do mundo.” (2003, p.11)

“O termo simbólico pode ser indicado para apontar os mecanismos que fazem a intermediação entre o sujeito e sua compreensão de realidade. Tudo que se apresenta na cena social está, de forma indissociável, entrelaçada ao símbolo.” (STRECK, 2001, p. 103)

O Instituto Lia Pires elaborou, perante o Centro de Estudos da OAB/RS, um estudo ressaltando justamente a influência que o simbólico exerce durante os julgamentos.

Esse estudo revela que não só a proximidade entre Ministério Público e juiz, mas, principalmente, o afastamento do acusado e da defesa em relação ao lugar ocupado pelo Estado, dentro do cenário do julgamento, podem incutir nos jurados e demais presentes a ideia de inferioridade da parte acusada.

Tradicionalmente em nosso país, o acusado já não é bem visto pelo simples motivo de ser acusado. Cabe, assim, ao Estado, como tutela positiva, atuar na

minoração dessa disparidade a fim de que conceda a este a paridade de armas (o mais próximo do ideal possível) para que, sendo inocente, não seja condenado injustamente. Mesmo que o acusado seja culpado, é dever do Estado zelar para que venha a ter um julgamento justo, observando-se todas as garantias fundamentais aqui debatidas. É importante ressaltar que, o acusado só pode ser considerado culpado, após ser submetido a um processo justo, já que neste país prevalece, por garantia formal, a presunção é de inocência, embora o (in)consciente coletivo tenda a presunção contrária.

Durkheim busca compreender o sentimento que o crime provoca na comunidade. Seguindo o autor:

Um ato será criminoso quando ofender estados fortes e definidos da consciência coletiva, que consiste no conjunto das crenças e dos sentimentos comuns à média dos membros de uma mesma sociedade que forma um sistema determinado. [...] A punição é tida como uma representação tangível da “consciência coletiva”, num processo instintivo e passional de defesa da sociedade, expressando e regenerando os valores morais e sociais que são vistos como mutuamente condicionantes e constitutivos, funcionando como diferentes dimensões da coesão social. (DURKHEIM, 2004, p. 50.)

O estudo do Instituto Lia Pires (2011) conclui que:

“(...) sendo acusação e defesa funções igualmente essenciais à realização do processo e à administração da justiça, com o fim de garantir o devido processo legal e seus colorários, torna-se fundamental discutir o (re)posicionamento da defesa ao lado do juiz presidente ou em situação que estabeleça a paridade de armas nos julgamentos em relação à acusação.

## O papel do Ministério Público no Processo Penal

Acerca da origem do Ministério Público, podemos mencionar, inicialmente, o Decreto 848, de 1890, que dispôs sobre sua estrutura e atribuições. Antes disso, no Brasil colonial, já havia menção aos promotores de justiça nas Ordenações Manoelinas e nas Ordenações Filipinas, mas somente no Império é que suas ações começaram a ser sistematizadas.

Em 1951, a Lei Federal 1341 criou o Ministério Público da União e em 1981 a Lei Complementar nº. 40 dispôs sobre o seu estatuto.

Os Códigos Civil, de Processo Civil, Penal e de Processo Penal previram funções do Ministério Público, mas suas atribuições foram sensivelmente ampliadas com o implemento da Lei 7.347/1985, que incluiu no rol de suas ações a defesa dos direitos difusos e coletivos.



Além disso, fizeram referência direta ao Ministério Público, as Constituições de 1934, 1946, 1967 (no capítulo destinado ao Poder Judiciário), Emenda Constitucional nº. 1/1969 (no capítulo destinado ao Poder Executivo) e, finalmente a Constituição Federal de 1988 (no Título IV – Da Organização dos Poderes, Capítulo IV – Das Funções Essenciais à Justiça).

Nota-se que na Constituição de 1988, o Ministério não se encontra dentro do Capítulo destinado ao Poder Executivo, nem especificamente dentro do Capítulo destinado ao Poder Judiciário, mas é previsto no Capítulo destinado às Funções Essenciais da Justiça, o que lhe confere maior amplitude e abrangência.

Embora o Ministério Público e a magistratura tenham o mesmo objetivo, a busca da justiça, a garantia da obediência à Constituição e aos seus princípios, as suas funções não são coincidentes. Enquanto a magistratura deve primar pela inércia e isenção, os membros do Ministério Público são sujeitos ativos na busca de elementos que possibilitem ao magistrado a realização de um julgamento justo.

Neste sentido, o artigo 127, caput, da CRFB/1988 prevê: “O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.”

O mesmo conteúdo é adotado pelo artigo 1º da Lei 8.625, de 12 de fevereiro de 1993 – Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, e pelo o artigo 1º da Lei Complementar nº 75, de 20 de maio de 1993, que organiza o Ministério Público da União.

O artigo 129 da CRFB/1988, em seus incisos e parágrafos, por sua vez, disciplina as funções do Órgão Ministerial, restando certo não se tratar de um rol taxativo, o que fica consignado com o reconhecimento de que outras funções poderão ser reconhecidas, desde que compatíveis com sua finalidade.

Ademais, o Ministério Público é essencial à fiscalização da atuação dos Poderes e de suas relações, garantindo que o Estado respeite a Constituição e as garantias sociais e individuais. Portanto, sua área de atuação é ampla, assim como sua forma de agir, ora como interveniente, ora preventivamente, ora como fiscal, ora como parte.

O Ministério Público constitui matéria muito ampla para análises e estudos que não se exaurem nem mesmo numa extensa obra. Para efeito do pretendido pela questão abordada na ADI 4768, interessa-nos, primordialmente, analisar as funções exercidas pelo Ministério Público no Processo Penal, que poderão ser empreendidas de diferentes formas, ora como “*custos legis*”, ora como parte acusadora, quando é o autor da ação penal.

Como “*Custos Legis*” (guardião da lei) ou como parte, o Ministério não possui poder sancionatório. Essa limitação separa sua função daquela exercida pelo Poder Judiciário e garante, tanto a sua atuação, como a do próprio juiz, que precisa ser isento, mas que precisa de elementos para o julgamento. Se o juiz é inerte, o Ministério Público é ativo, buscando a garantia do Estado e da sociedade. Já o juiz pode decidir e sancionar, enquanto o Ministério Público deve levar suas pretensões à apreciação dos órgãos competentes para a aplicação das sanções.

Na ação penal privada, por se entender que o bem juridicamente tutelado não envolve matéria de ordem pública, além de ostentar, como regra, menor potencial ofensivo, menor lesividade em relação ao bem que é tutelado pela ação penal pública, o direito de ação reside no próprio ofendido, a quem caberá a escolha sobre a obtenção da tutela do Estado, ou não. O indivíduo pode escolher se prefere acionar o Poder Judiciário, ou se a lesão ao seu direito não foi suficientemente grande para que ele se disponha a mover processo contra o agressor. Nesse caso, o Ministério não é legitimado a propor a ação, não poderá figurar como acusador, apenas lhe sendo possível atuar como fiscal da lei, velando pela observância das formas e garantias do processo penal, conforme o artigo 257, II, do CPP.

Já nos casos abrangidos pela ação penal pública, a titularidade da ação penal foi destinada ao Ministério Público, o que pode ser explicado, em parte, pela relevância pública dos bens tutelados. Por isso, ainda que o indivíduo não tenha interesse em buscar a tutela jurisdicional, a ação será intentada, em razão do princípio da indisponibilidade da ação penal e de sua natureza incondicionada.

É nesses casos que o Ministério Público atende aos anseios de proteção do Estado para com a sociedade, pois é ele o único legitimado a propor a ação penal, conforme o artigo 129, I, da CF/88. (Ressalvada a possibilidade de o particular intentar a ação penal privada subsidiária da pública, caso o Ministério Público não o faça no prazo legal. Não obstante, o Ministério Público retoma o seu lugar como parte legítima após a propositura da ação). É nesse papel de acusação que se questiona a proximidade física do Ministério Público com o juiz dentro da sala de audiências.

Sobre o Direito Processual Penal brasileiro é relevante destacar que adotou o sistema acusatório. Esse sistema privilegia garantias como o contraditório e ampla-defesa (embora ainda se possa encontrar resquícios do sistema inquisitório, principalmente na fase do inquérito, mas também encontrados na fase judicial, a exemplo de quando a lei permite ações “*de ofício*” ao juiz. Quando isso acontece, quando o magistrado atua na persecução da prova, ficando maculada sua isenção).

O sistema acusatório é, sem dúvida, o que melhor se coaduna com os princípios constitucionais e suas garantias, cabendo ao Ministério Público lutar por essas garantias maiores, como a igualdade, a isonomia, o devido processo legal, a ampla defesa, o contraditório e o julgamento justo e isento.

Mesmo quando o Ministério Público está atuando como parte, seu objetivo não deve ser a condenação do acusado, e sim, a busca de um conjunto probatório que se aproxime ao máximo da verdade. A finalidade de sua atuação consiste na proteção à sociedade e isso, de forma alguma, significa sancionar um inocente. É por esse motivo que todas as garantias de defesa devem ser reconhecidas ao acusado, pois, condenar a qualquer custo seria retroceder à inquisição, em que a mera suspeita já era motivo para a tortura e condenação.

Ao Ministério Público, como guardião do Estado Democrático de Direito, cabe lutar contra a condenação antecipada, seja promovida pela força da mídia, que incita a opinião popular ao prejulgamento, seja pelos interesses políticos ou

econômicos, seja por qualquer motivo. Não é possível construir uma sociedade justa tendo como alicerce a injustiça. Seria o mesmo que promover a guerra em nome da paz.

Pelo exposto, deduz-se que o objeto da ADI 4768, qual seja: a inconstitucionalidade da posição física ocupada pelo membro do Ministério Público na sala de audiências, quando autor da ação, deveria ser apoiada pelo próprio *Parquet*,<sup>6</sup> já que guardião dos princípios e das garantias constitucionais. Não deveria compactuar com a ideia de construir justiça sobre os alicerces da injustiça, e sobretudo, da injustiça protagonizada pelo próprio guardião da lei.

## **A inconstitucionalidade da posição ocupada pelo Ministério Público na sala de audiências à luz da Tríade subprincipial da proporcionalidade – o objeto da ADI 4768**

Aparentemente, o reconhecimento ao “*Parquet*” do direito de ocupar um espaço privilegiado na sala de audiências, objetiva a afirmação de sua autonomia, de sua posição como representante do Estado em defesa da sociedade. A questão a ser suscitada consiste indagação sobre a aptidão desta medida para fomentar a afirmação da autonomia pretendida. Como a análise da adequação passa por um exame absoluto, sob este aspecto, pode-se afirmar que a posição de destaque, sem dúvida, reforçaria o poder e a autonomia do Órgão Ministerial, mesmo que, em sentido oposto, contribua decisivamente para a violação de direitos fundamentais do réu, a exemplo do direito ao tratamento isonômico e ao processo justo.

Sob outro aspecto, a análise do caso em tela, pressupõe a verificação da necessidade ou da exigibilidade da medida legislativa atacada na Ação Direta de Inconstitucionalidade sob comento. A questão se reveste de uma óbvia indagação: a prerrogativa do Ministério Público de ter assento privilegiado durante as audiências, mesmo quando funciona como parte, objetivando afirmar sua autonomia, pode ser considerada a de menor ingerência possível? A resposta deve ser negativa, pois, ainda que de indiscutível importância, a autonomia do Ministério Público poderia ser concretizada através de diversos outros mecanismos, sem que, para tanto, fosse necessário tornar o processo um duelo dispare, desequilibrado em favor do Estado, que ostenta poder infinitamente superior ao do indivíduo que se submete ao crivo da jurisdição penal.

<sup>6</sup> A propósito, é comum se usar o termo “**Parquet**” referindo-se ao Procurador do Ministério Público ou ao próprio órgão. É interessante observar que a palavra refere-se a “revestimento de pisos feito de tacos de madeira que, dispostos de certa forma, constituem desenhos.” A relação entre o Ministério Público e o vocábulo, de origem francesa, se deu porque os procuradores, outrora, ficavam sobre o assoalho da sala de audiências, e não sobre o estrado, ao lado do magistrado, como hodiernamente. Disponível em [http://michaelis.uol.com.br/moderno/português/definição/parquete%20\\_1016977.html](http://michaelis.uol.com.br/moderno/português/definição/parquete%20_1016977.html). Acesso em 25/09/14

Logo, tendo o Ministério Público todas as demais prerrogativas e liberdades na busca da verdade processual e na garantia de sua autonomia, entende-se que a medida não se sustentaria diante dos princípios feridos com sua implementação, revelando-se, portanto, desnecessária, pois o nivelamento de assento na sala de audiências, ou seja, a autonomia pretendida continuaria a existir.

Não obstante, ainda que a submissão da medida passasse, com êxito, pelo subprincípio da necessidade, por certo, quando submetida ao subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, não poderia ser sustentada. Exercendo um juízo de ponderação, é flagrante que a prerrogativa de assento do Ministério Público não atende ao critério de proporcionalidade, pois, apesar de lhe conferir um espectro mais de proteção em sua atuação, em defesa do interesse público, o simples fato de litigar contra um particular, dotado de poder de resistência infinitamente menor do que o aparato de persecução do Estado, enseja a declaração da inconstitucionalidade da legislação atacada.

## Conclusão

Destarte todo esforço dos estudiosos no sentido de conceituar, delimitar e nomear o conhecimento ao longo do tempo, não há uma limitação real à existência de tudo o que “está” conhecido, do não conhecido e do que se acredita conhecer.

450

Todo esse esforço terminológico visa delimitar, cercar uma parte da realidade alcançada pela inteligência humana, em um dado espaço-temporal. A história nos revela essa eterna superação da apropriação momentânea de alguma certeza – grandes descobertas, conceitos inovadores – uma apropriação da verdade, ou do que se acredita ser a verdade, que foi, ao longo do tempo, sendo alargada, superada ou desmentida a cada nova descoberta. Novos conceitos, novas “verdades”, novas “certezas”.

Não se trata de uma crítica ao esforço filosófico humano, ao contrário, pois é esse esforço em entender que produz amadurecimento e evolução. Essa tentativa de apropriação, de subordinação do desconhecido para que se torne conhecimento humano, retrata essa busca. Ao tentar delimitar o universo a sua volta, o indivíduo busca existir, delimitando a si mesmo através do contraponto criado.

Esse não é o problema, mas a forma como isso se dá. Muitas vezes, longe de chegar à consciência de si mesmo, o indivíduo se perde no contraponto, desenvolvendo uma visão excludente do outro. Como cada indivíduo e cada grupo de indivíduos, dentro de um determinado espaço/tempo se apropriam do que entendem ser a “realidade”, de acordo com seus próprios recursos de entendimento (ou da falta destes), se determinando em relação aos demais seres, o que temos não é uma realidade, uma verdade absoluta, mas diversas realidades (muitas delas contrastantes), muitos universos por vezes coexistindo, outras tantas, colidindo entre si, todos dentro de um universo maior, o universo do insondável,

do não conhecido, do ainda não desvelado, não alcançado pela circunstancial inteligência humana.

Tudo o que se conhece são pequenos recortes que os indivíduos fazem a partir de sua capacidade de ver. Por esse prisma, a arrogância e a intolerância revelam-se mera ignorância, cerne de conflitos, sofrimentos e atrasos de evolução.

Não sendo possível eleger uma verdade única, o que se tem é apenas “o que se entende por verdade”, dentro de um específico espaço/tempo, para um grupo ou para um indivíduo.

Partindo desse ponto, fica mais fácil visualizar a dificuldade do indivíduo de colocar em risco toda a construção de realidade que ele “cercou” para si e tentar “ver” pelos olhos de outros indivíduos/realidades, admitindo possibilidades que forcem a desconstruir algo no qual acreditem. Fica mais evidente até mesmo a dificuldade de enxergar o outro, já que tão absorto na tarefa de se autodeterminar, de defender suas construções da “verdade”, não consegue ver além.

Quanto mais resistente em admitir as suas e as construções alheias como meras possibilidades, mais árduo será o esforço na defesa de sua realidade particular, na manutenção de suas crenças. Há muitos indivíduos e grupos convictos de suas certezas a ponto de destruir os que não compartilham delas. Para eles o tempo será determinante em desnudar seus simulacros, suas ilusões.

Todo o exposto objetiva esclarecer um único questionamento nesse “recorte/artigo”, para o grupo de pessoas expostas a uma audiência de julgamento, em especial para o acusado, para toda a sociedade na qual se insere, de acordo com a crença na existência de um Estado Democrático de Direito, pós-positivista, nos tempos atuais da modernidade tardia: como pode o “*Parquet*”, guardião dos princípios basilares à manutenção do Estado Democrático de Direito, eleito para a construção de nossas “realidades”, negar a sua própria origem, contrastando o verbo com a *práxis*?

Se, como defendido pelo Procurador Geral da República, em parecer oferecido durante a instrução da ADI 4768, não se trata de uma questão de privilégio o Ministério Público trocar o assoalho do plano da isonomia pelo estrado do plano do julgador, se isso não fere os princípios exaustivamente citados, então não será nenhum desprestígio posicionar-se no mesmo plano da defesa, restabelecendo o desenho original da função do Estado, que existe pelo indivíduo/ser e não para sobrepor-se a ele.

Mais do que o controle negativo, é dever do Estado promover ao cidadão o alcance dos direitos formalmente elencados na Constituição. Conforme Norberto Bobbio: “A liberdade e a igualdade dos homens não são um dado de fato, mas um ideal a perseguir; não são uma existência, mas um valor; não são um ser, mas um dever ser.” (2004, p. 29). Cabe a todos a responsabilidade de transformar em realidade o que hoje é apenas um ideal. Cabe a todos a responsabilidade de zelar pelo cumprimento dos direitos já consagrados, de agir e de não se calar.

## Referências bibliográficas

ADI 4768. Disponível em [http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndament.o.a.sp?numero=4768&classe=ADI&origem=AP&recurso=0&tipo\\_Julgamento=M](http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndament.o.a.sp?numero=4768&classe=ADI&origem=AP&recurso=0&tipo_Julgamento=M). Acesso em 23/08/2014;

ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica \_ A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Fundamentação Jurídica*. Tradução: Zilda Hutchinson Schild Silva. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 19;

ALFIERI, Vittorio-1749-1803, *A Tirania - Coleção Os Grandes Pensadores*, Tradução de Persiano da Fonseca, Rio de Janeiro: Casa Editora Vecchi Ltda., 1943, p. 91;

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos*, 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 152/153;

BARROS, Suzana Toledo. *O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais*. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003, p. 60;

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição: Fundamentos de uma Dogmática Constitucional Transformadora*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 214;

BOBBIO, Norberto [1909]. *Direito e Estado no Pensamento de Immanuel Kant*. Trad. de Alfredo Fait. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1984, p. 16, 72 e 73;

\_\_\_\_\_. *A Era dos Direitos*. 10. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, pp. 29 e 32;

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 252;

BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Tradução Fernando Tomaz (português de Portugal), 6. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003, p. 11;

BRASIL, Constituição da República Federativa do, 1988;

452

BUENO, Pimenta. *Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império*, Rio de Janeiro: Guanabara, 1857, p. 424;

*Declaração Universal dos Direitos do Homem*, artigo 10. Disponível em <http://www.humanrights.com/pt/what-are-human-rights/universal-declaration-of-human-rights/articles-01-10.html>. Acesso em 01/09/2014;

*Definição do termo "parquet"*. Disponível em [http://michaelis.uol.com.br/moderno/português/definição/parquete%20\\_1016977.html](http://michaelis.uol.com.br/moderno/português/definição/parquete%20_1016977.html). Acesso em 13/10/14;

DURKHEIM, Émile. *A Divisão do Trabalho Social*, São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 50.

*Estudo para Elaboração de Proposta de Conclusão*. Disponível em <http://s.conjur.com.br/dl/estudo-instituto-lia-pires-paridade.pdf>. Acesso em 20/08/2014;

HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo: Parte I*. Tradução Márcia Sá Cavalcante Schuback. 12. ed. Petrópolis: Vozes, 2002, p. 28;

HOBBS, Thomas [1588-1679] *O Leviatã*. ed. São Paulo: Martin Claret, 2009, pp. 126 e 127;

HOYOS, Arturo. *El Debido Proceso*. Santa Fé de Bogotá: Temis, 1998, p. 7.

MAQUIAVEL, Nicolau – 1469-1527. *O Príncipe*. 8. ed. São Paulo: Martin Claret, 2010, p. 85;

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p.106;

MELLO, Cleyson de Moraes. *Direito e(m) Verdade \_ Os Novos Caminhos da Hermenêutica Jurídica*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 2011, p. 100;

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais – Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional*, 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 168;

SCHMIDT, Lawrence K. *Hermenêutica*, 1.ed. Petrópolis: Vozes, 2012, pág. 12;

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p.216;

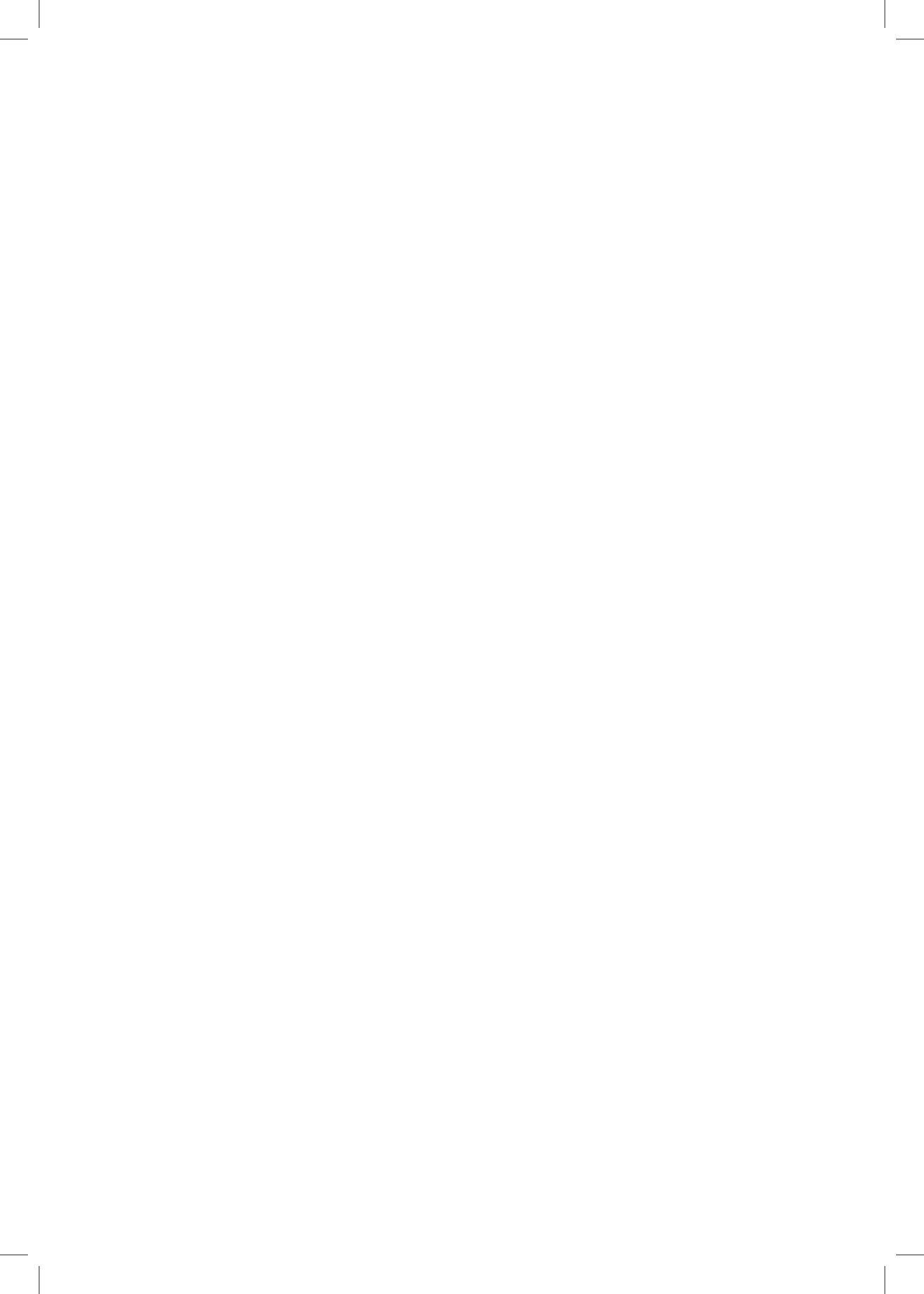
SILVA, Rosana Josefa Martins Dias Bizarro Borges Cardoso da. *O Justo Processo*. 2012. p. 57.

Disponível em [http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&frm=1&source=web&cd=2&ved=0CCMQFjAB&url=http%3a%2F%2Fwww.mackenzie.br%2Ffileadmin%2FFMJRJ%2Fcoordenadoria\\_pesq%2FRevista\\_CADE%2FCADE\\_7%2Fjusto.doc&ei=SRBaVIGBN8OkNufBgsgM&usg=AFQjCNFpKW-p4TO4QEnzp9C\\_VrRkUyTkP\\_A](http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&frm=1&source=web&cd=2&ved=0CCMQFjAB&url=http%3a%2F%2Fwww.mackenzie.br%2Ffileadmin%2FFMJRJ%2Fcoordenadoria_pesq%2FRevista_CADE%2FCADE_7%2Fjusto.doc&ei=SRBaVIGBN8OkNufBgsgM&usg=AFQjCNFpKW-p4TO4QEnzp9C_VrRkUyTkP_A). Acesso em 03/09/2014;

SILVA, Virgílio Afonso da. *O Proporcional e o Razoável*, Revista dos Tribunais 798, 2002 p. 23/50. Disponível em [http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/69\\_SILVA,%20Virgilio%20Afonso%20da%20-%20O%20proporcional%20e%20o%20razoavel.pdf](http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/69_SILVA,%20Virgilio%20Afonso%20da%20-%20O%20proporcional%20e%20o%20razoavel.pdf). Acesso em 03/09/2014.

STRECK, Lênio Luiz. *Tribunal do Júri: Rituais e Símbolos*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 103;

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo: Saraiva, 2002, p. 483;





# Artigos Interdisciplinares

