

A concepção cênica da sala de audiência e o problema dos paradoxos

LENIO LUIZ STRECK ⁽¹⁾

Pequeno prólogo

Antes de tudo, quero fazer minhas as palavras do magistrado André Luiz Nicolitt, nos autos do Processo n. 2003.005.000056-7, ao negar validade aos dispositivos legais que estabelecem a prerrogativa de os membros do Ministério Público ocuparem assento do lado direito dos juízes e tribunais:

“Antes de analisar a questão, não custa destacar que o posicionamento ora adotado não se traduz em uma investida contra a Instituição, tampouco contra o ocupante do cargo de Promotor de Justiça. Tanto a Instituição quanto seu representante nesta Comarca são dignos do mais alto apreço e admiração deste magistrado, a instituição pela relevância constitucional, e o promotor por ser, sem dúvida, um dos mais valiosos profissionais do Direito com quem este magistrado já trabalhou.”

Na mesma linha, vão as presentes reflexões. Com o mesmo intuito. Por amor ao debate. E um convite ao diálogo.

¹ Procurador de Justiça-RS; Doutor em Direito do Estado; Pós-Doutor em Direito Constitucional e Hermenêutica; Professor dos Cursos de Mestrado e Doutorado em Direito da UNISINOS-RS; Coordenador do Acordo Internacional (CAPES-GRICES) UNISINOS-FACULDADE DE DIREITO DE COIMBRA; Professor Visitante da Universidade de Lisboa; Professor Colaborador da UNESA-RJ; Membro Catedrático da Academia Brasileira de Direito Constitucional; autor, entre outras, das seguintes obras: *Hermenêutica Jurídica E(m) Crise*, *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*, *As Intercaptações Telefônicas e os Direitos Fundamentais*, editadas pela Livraria do Advogado,RS; *Crime e Constituição* (co-autoria com Luciano Feldens) e *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*, 2ª. edição, estes pela Forense. Editor do site www.leniostreck.com.br; e- mail lenios@globo.com

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

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. 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, de forma artificial, do “mundo das impurezas” do direito, construindo a sua *Teoria Pura do Direito*, através do artifício metafísico da *Grundnorm* (na TPD, de cariz hipotético-dedutivo; na Teoria Geral das Normas, uma ficção necessariamente útil, baseado na filosofia do “como se” – *als ob*).

Mutatis, mutandis, é o que parece estar ocorrendo com a tese que prega uma nova “concepção cênica da sala de audiências”. Segundo a tese, o dispositivo que assegura a prerrogativa ao membro do Ministério Público de ocupar assento ao lado do juiz seria inconstitucional,

“posto que em oposição à isonomia exigida de um processo de partes tal que é o processo penal brasileiro, por expressa opção Constitucional. Assim, atendendo-se a *ratio essendi* da norma invocada, dentro de uma interpretação conforme a Constituição, a prerrogativa em tela só existe nas hipóteses em que o Ministério Público é tão-somente fiscal da lei. Em outras palavras, a igualdade de armas abrange a concepção cênica da sala de audiências, pois nesse espaço público tudo conspira como fator para a solução da causa penal (para tanto reconhece-se o acerto da “teoria do agir comunicativo” de HABERMAS). Vale ressaltar que não se trata de questão meramente de forma, pois diz respeito diretamente ao imaginário da sociedade que ao ver o promotor de justiça ao lado do órgão judicial, em plano diverso do Defensor Público, forma a

opinião de que há uma promiscuidade entre o Estado-juiz e o Estado-parte incompatível seja com o sistema acusatório seja com a igualdade exigida pela Constituição.(...)” Parte resumida da decisão de primeiro grau constante do relatório do MANDADO DE SEGURANÇA Nº 2004.078.00039 - TJRJ.

A tese parece simpática (e elegante, para usar as palavras do Desembargador Relator do Mandado de Segurança n. 035/04, da Sétima Câmara Criminal do TJRJ). Afinal, nada melhor que vestir um discurso com o manto do princípio da isonomia, da igualdade, da democracia e até da geopolítica da distribuição dos espaços na sala de audiência, muito embora alguns termos como “igualdade, democracia ou isonomia” sofram de anemia significativa, mais ou menos como “garantismo”, “hermenêutica”, “razão comunicativa” e “teoria dos sistemas”, para citar apenas estas, que hoje estão sendo “descobertas” nos mestrados e doutorados em direito de *terrae brasilis*.

Ocorre que, embora a simpatia e a elegância (*sic*) da tese, esta não pode ser discutida a partir da simples saída ou retirada do “cretense da cidade de Creta” - para usar a metáfora tão recorrentemente citada nos compêndios de lógica -, e tampouco pode ser resolvida mediante o artifício da metalinguagem. Dito de outro modo, é como se o juiz dissesse: “todos os que estão nesta sala de audiência são isonômicos, sem diferenciações, discriminações, sem lugares diferenciados, sem mesas mais altas, sem cadeiras com espaldar avantajado, etc” e *não se desse conta de que também ele – sim, o próprio juiz – está na sala de audiências*, e que 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?

Sem a metalinguagem, recurso metafísico para superar o paradoxo representado pelo fato de o juiz também estar 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 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 ² para algumas autoridades; por certo, haverá seriíssimo prejuízo

² 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

à concepção cênica 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 “concepção cênica” deve ficar restrita à sala de audiências. Afinal, por que não espraiar a democracia e a isonomia? Assim, só para argumentar, indagaria: juízes (ou outras autoridades, incluindo promotores) podem ter estacionamento privativo? E elevadores privativos? E restaurantes separados do restante da população? Mais ainda: que negócio é esse de, enquanto as pessoas “comuns” – peço desculpas pela expressão “cenicamente incorreta” – necessitam entrar em filas de bancos, nós, promotores, juízes e deputados, termos a nossa disposição agências bancárias – instaladas no interior dos respectivos prédios públicos – só para atender nossas contas? Devo dizer mais ou já é suficiente? Afinal, se a tese é republicana, adequada constitucionalmente, deve 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 – não me parece suficiente.

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 as pessoas não pensem que haja “uma promiscuidade entre o Estado-juiz e o Estado-parte incompatível seja com o sistema acusatório seja com a igualdade exigida pela Constituição”(sic), tal como constou da decisão (processo que redundou no MS 035/04, supra mencionado) que inquinou de inconstitucional (sic) o lugar ocupado pelo Ministério Público. Ou a concepção cênica não deverá valer para o Supremo Tribunal Federal?

2. O enfrentamento dos argumentos

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

Antes de adentrar nos demais pontos a serem enfrentados, devo chamar a atenção para um fato que pode ter passado despercebido. Com efeito, a leitura cuidadosa do Acórdão 035/04 aponta para a sua invalidade constitucional. Sua ementa está assim redigida, resumindo, de forma adequada, o teor do julgamento:

“Mandado de segurança. Assento do MP como parte autora. Denegação do writ.

aos membros do governo (aliás, na mesma semana em que aquele juiz brasileiro ingressou com *mandamus* para ser chamado de excelência e doutor).

A alteração da disposição da sala de audiências em Tribunal do Júri *com remoção do assento do Ministério Público para posicioná-lo no mesmo patamar da Defesa, não importa em violação da prerrogativa funcional traduzida pelo posicionamento à direita do seu Presidente à vista da disposição do art. 41, XI, da Lei Federal 8.625/93 (L.O.M.P.) e, ipso facto, do art. 82, X, da Lei Complementar Estadual 106/03, mas, ao contrário, atende à norma constitucional que assegura às partes, em processo judicial penal, tratamento isonômico.*

A plenitude e a efetividade do "equilíbrio de armas" no contraditório justificam a necessidade de o juiz envidar todos os meios necessários para evitar que a disparidade de posições cênicas possa influir no êxito de uma demanda penal, condicionando-o a uma distribuição desigual de forças, pois a quem acusa e a quem se defende em juízo, notadamente no Tribunal do Júri, devem ser asseguradas as mesmas possibilidades de sucesso na obtenção da tutela de suas razões.

Inexistência de direito líquido e certo a ser amparado pela via mandamental".

Está-se diante de uma decisão que, *mutatis mutandis*, diz: "a remoção do assento assegurado por lei federal e estadual não viola a prerrogativa de quem exatamente tem o direito de ter esse assento". É como se uma lei dissesse que o magistrado pode estacionar o carro em frente ao Fórum e fosse proferida *decisão proibindo-o de estacionar o veículo, com o fundamento de que a proibição de estacionar não viola a permissão de estacionar...*! No exemplo do estacionamento em frente ao Fórum, só há duas maneiras de impedir o magistrado de estacionar o seu veículo: a uma, mudando a lei; a duas, inquinando-a de inconstitucional, no foro adequado, devidamente fundamentada. Isto é o que se chama de Estado Democrático de Direito. O resto é decisionismo voluntarista. Ou ativismo judicial. De *ex parte principie* passamos, de há muito, para *ex parte principio*.

No particular, a decisão em tela, ao negar a segurança, confirmou decisão de primeiro grau que violou frontalmente lei federal e estadual. Isto parece claro. Não basta o juiz de direito dizer, por exemplo, que a norma x é inconstitucional ou que está fazendo uma interpretação conforme. É preciso ter claro que, para inquinar 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).³

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 *Teilnichtigerkklärung 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, e, a segunda, de *acolhimento parcial qualitativa* 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.

No caso sob análise, a questão assume foros de gravidade, porque o juiz proferiu decisão frontalmente contrária à norma infraconstitucional. Para ser mais claro: *o juiz decidiu ignorar duas normas infraconstitucionais*. Inconformado, o Ministério Público ingressa com mandado de segurança, alegando violação de direito líquido e certo. O que fez o Tribunal de Justiça? Negou o *writ*, alegando que:

“... a remoção do assento do Ministério Público para posicioná-lo no mesmo patamar do assento da Defesa não importa em violação da prerrogativa funcional traduzida pelo posicionamento à direta do seu Presidente à vista da disposição do art. 41, XI da Lei Federal 8.625/93 e, ipso facto, do art. 82, X, da Lei Complementar Estadual n. 106/03”.

Como se pode ver, o próprio acórdão incorre em contradição lógica, ao dizer que a remoção não importa violação da prerrogativa (que é exatamente o objeto da remoção)! Se é prerrogativa, é porque é inerente a determinada função nos quadros da administração do Estado. Na verdade, ao assim decidir, o Tribunal de Justiça, por via transversas, inquinou os dispositivos constantes nos art. 41, XI (Lei 8.625/93) e 82, X (Lei Complementar Estadual 106/03) de inconstitucionais (portanto, na linguagem da teoria do direito, *inválidas*). Não importa se, ao longo

³ Nesse sentido, meu *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica – Uma Nova Crítica do Direito*. 2a. ed., Rio de Janeiro, Forense, 2003, em especial capítulos 10 e ss.

da fundamentação, foram utilizados outros argumentos. O que importa, efetivamente, é o afastamento de duas normas infraconstitucionais que sustentam o direito do Ministério Público.

Assim agindo, o órgão fracionário do Tribunal de Justiça tangenciou ⁴ o exame da inconstitucionalidade, ferindo, de frente, o art. 97 da Constituição do Brasil. Não nos esqueçamos que a norma do art. 41, XI, da Lei 8.625/93, repetida na LCE claramente estabelece uma prerrogativa, que é tomar assento à direita da presidência.⁵ *Logicamente, se o juiz de direito ou o Tribunal entenderem que esse dispositivo é inválido, não aplicável, nulo, írrito, só há um caminho: declará-lo inconstitucional.* Caso contrário, é *dever* do Poder Judiciário dar aplicabilidade aos leis. Esta é a função do Judiciário em um Estado Democrático de Direito.

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,

⁴ 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. Art. 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.

⁵ A Lei nº 8625, 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,

então as possibilidades de sua não aplicação ficam reduzidas a zero! Não é possível “passar por cima da lei”,⁶ 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.⁷ 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;

“tomar assento à direita dos Juízes 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...”.

⁶ 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 e Hermenêutica*, 2a. edição, Forense, 2003) 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.

⁷ Remeto o leitor, aqui, para o meu *Hermenêutica Jurídica E(m) Crise*, 5a. ed. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2004, em especial item 12.10.

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 resta do 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.

Portanto, a decisão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, ao negar validade aos dispositivos legais das leis orgânicas do Ministério Público que inequivocamente definem o lugar do assento do membro do Ministério Público, é formalmente inconstitucional, por infringência ao art. 97 da Constituição do Brasil.

2.2. Da inadequada parametricidade alegada em ambas as instâncias

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, tanto no primeiro como no segundo grau 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 princípio da isonomia. Creio, entretanto, que a simples alegação do ferimento do princípio da isonomia ou da igualdade não é suficiente, 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 foi o caso de um conhecido jurista que, mal havia sido promulgada a Lei 9296/96 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*.

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? 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? Afinal, o que a Constituição garante é apenas o foro privilegiado e não o recebimento privilegiado da denúncia (enquanto as “pessoas comuns” têm recebida sua denúncia mediante a simples aposição de um carimbo). Creio desnecessário desfilarmos um rosário de exemplos de pretensa quebra de isonomia. 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, a concepção cênica e a isonomia, isso tudo além de incrementar uma certa “promiscuidade” (*sic*), deve ser hermeneuticamente irrigado, em primeiro lugar, a partir do perfil jurídico-constitucional assumido, *na atualidade*, pelo Ministério Público. Evidentemente, uma 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 art. 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 ⁸. Depreende-se de seu voto, em

⁸ Sobre o tema, LUCIANO FELDENS, *Tutela Penal de Interesses Difusos e Crimes do Colarinho Branco – por uma relegitimação da atuação do Ministério Público*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, pp. 242-243.

juízo 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”.⁹

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 hermeneuticamente 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*”¹⁰

Não seria exatamente por isso que há uma diferença entre o papel do Ministério Público e do defensor?¹¹

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). Não é conveniente, pois, que,

⁹ Voto proferido no Mandado de Segurança nº 21.239-DF, in RTJ 147/161.

¹⁰ Cfe. OLIVEIRA, José Maria Leoni de. *A Nova Lei de Investigação de Paternidade*. 4ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, pp. 148-149. V., também, sobre a matéria: VIEGAS, João. “Reconhecimento da Paternidade” in *Revista dos Tribunais*, nº 699, 1994, p. 13).

¹¹ 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. 22.04.1993, DJU 08.04.1994. V., também, sobre o tema: STF, AR nº 1.364, Rel. Min. Moreira Alves, J. 22.05.2002, DJU 02.05.2003).

em plena era do *ontologische Wendung* (viragem hermeneutico-ontológica), volte-se à metafísica clássica.

De qualquer sorte, poderiam ser aqui colocadas 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 art. 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, inciso II), promoção da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III), construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, 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”.¹²

2.3. A crise dos paradigmas de direito e de Estado e de como a tese da concepção cênica 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 o Estado tem a 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.

¹² HUGO NIGRO MAZZILLI, *Regime Jurídico do Ministério Público*, São Paulo, Saraiva, 1993, p. 25.

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 EC 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.¹³

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 o guardião da ordem democrática. E, convenhamos, queiramos ou não, isto não é pouca coisa.

Portanto, a propalada "readequação" da concepção cênica - 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.

Dizendo de outra maneira: o Estado não é necessariamente mau; 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),¹⁴ problemática bem visível na Constituição do Brasil, quando estabelece o comando da erradicação

¹³ Sobre o assunto, ver LENIO LUIZ STRECK e LUCIANO FELDENS. *Crime e Constituição: a legitimidade da função investigatória do Ministério Público*, Rio de Janeiro: Forense, 2003.

¹⁴ Cfe. MARIA DA CONCEIÇÃO FERREIRA DA CUNHA. *Constituição e Crime*, Porto: Universidade Católica do Porto, 1995, pp. 273 e segs.

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.¹⁵ 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.

2.4. A tese da concepção cênica e o agir comunicativo habermasiano ou de como o consenso não pode ser forçado/obrigatório

Por último, enfrente o argumento de que a localização do Ministério Público na sala de audiência fere a concepção cênica, questão que encontra(ria) respaldo na teoria do agir comunicativo de HABERMAS. Entendo que é temerário o transplante da teoria habermasiana à tese. Já de pronto é preciso dizer que a decisão judicial que manda retirar o Ministério Público do seu lugar, antes de ser compatível com o agir comunicativo apregoado por HABERMAS, com ele é absolutamente contraditória. Com efeito, *ad argumentandum*, uma vez que não há maiores indicadores de que a teoria do agir comunicativo permite a recepção da “sala de audiência” como um “espaço público”, é preciso ter claro que, para HABERMAS, as normas servem para a tomada de decisões que não podem esperar. Aquilo que não pode ser alcançado por consenso exige a utilização da norma. Se não há consenso, é necessário argumentar. No momento em que falamos, fazemos uma oferta. Ante a oferta, aceitamos ou não. Se há acordo, não há o que dizer. A argumentação surge na falta (de consenso). Daí a construção de uma situação ideal de fala, que deve funcionar como realidade contra-fática. Em um mundo de racionalidade discursiva perfeita, não há manipulação. Por isto, HABERMAS elabora o conceito de realidade contra-fática. Essa situação ideal é resultado dos pressupostos das práticas sociais, fornecendo, assim, um padrão para criticar essas mesmas práticas que serviram para a construção da situação ideal. Ora, se a concepção cênica é tida como “situação ideal” (é o que parece, embora isto não fique explicitado na tese), devendo, portanto, funcionar como contrafação, então, antes disso, o intérprete deverá buscar o consenso. *Para tanto, terá que argumentar. E muito.* Jamais seria possível impor o “consenso” (*sic*). Isto seria antidemocrático. Logo, estaria na contramão do agir comunicativo. Na verdade, estar-se-ia (ou

¹⁵ *Idem, ibidem.*

estar-se-á?) frente a uma contradição: um “consenso forçado”. Portanto, parece que os defensores da tese da concepção cênica queimaram etapas. Conseqüentemente, é impossível colocar contrafaticamente a atual situação da sala de audiência com a situação tida por ideal (quais os critérios para considerá-la ideal?).

Aliás, a teoria habermasiana pode ser esgrimida contra a aludida tese. Afinal, a leitura mais contemporânea do autor aponta para a democracia procedimental,¹⁶ em que HABERMAS sustenta a ultrapassagem da oposição entre os paradigmas liberal/formal/burguês e o do Estado Social de Direito, utilizando-se, para tanto, da interpretação da distinção entre política e direito à luz da teoria do discurso. Parte da idéia de que os sistemas jurídicos surgidos no final do século XX, nas democracias de massas dos Estados Sociais, denotam uma compreensão procedimentalista do Direito. Assim, no Estado Democrático de Direito, muito embora HABERMAS reconheça a importância da tarefa política da legislação, como crivo de universalidade enquanto aceitabilidade generalizada por que têm que passar as normas a serem genérica e abstratamente adotadas, vê no Judiciário o centro do sistema jurídico, mediante a distinção entre discursos de justificação e discursos de aplicação através da qual releva ao máximo o postulado de RONALD DWORKIN da exigência de imparcialidade não só do Executivo, mas, sobretudo, do juiz na aplicação e definição cotidiana do Direito. Observe-se que HABERMAS, em seu *Direito e Democracia*, recusa peremptoriamente tanto o processo hermenêutico de aplicação de normas como se fossem valores, como critica duramente o enfoque monológico e hercúleo de “um juiz que se sobressai por sua virtude e acesso privilegiado à verdade”. Compare-se essa assertiva de HABERMAS com a afirmação constante no acórdão n. 035/04 : “A plenitude e a efetividade do equilíbrio de armas no contraditório justificam a necessidade de o juiz envidar todos os meios necessários para evitar que a disparidade....”. A “necessidade de o juiz envidar todos os meios” é típica atitude de um “juiz Hércules”, tão bem criticado por HABERMAS. Mais ainda, parece claro que, em HABERMAS, o juiz não poderia ser um *outsider* desse processo,¹⁷ aplicando-se-lhe também os mesmos critérios da isonomia e da democracia procedimental.

¹⁶ De todo modo, registro minha discordância com algumas teses habermasianas, como já deixei claro no meu *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica - Uma Nova Crítica do Direito*. 2ª. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2003, em especial capítulos 1 a 4. Tenho sido um ferrenho defensor dos valores substantivos constitucionais e destes enquanto guia do processo hermenêutico-constitucional, na esteira de autores como L. H. TRIBE, FERRAJOLI, entre outros. Portanto, discordo frontalmente das teorias dos valores adjetivos ou procedimentalistas, para as quais a Constituição somente garante o acesso aos mecanismos de participação democrática no sistema. Ver, também, TRIBE, L. H. “The Puzzling Persistence of Process-Based Constitutional Theories”, in *The Yale Law Journal*, vol. 89, 1073, 1980, p. 1065 e segs.; *Ibidem*, *American Constitutional Law*. The Foundation Press, Mineola, New York, 2ª. ed., 1988; *Ibidem*, “Taking Text and Structure Seriously: reflection on free-form method in constitutional interpretation”, in *Harvard Law Review*, vol. 108, n. 6, 1995.

Conferir, também, DIAZ REVORIO, Francisco Javier. *La Constitución como orden abierto*. Madrid: Estudios Ciencias Jurídicas, p. 161 e segs.

¹⁷ Daí a importância em registrar que, embora HABERMAS não recuse o modelo de RONALD DWORKIN, não aceita o solipsismo insito à descrição do juiz como um Hércules que teria que confiar em suas habilidades pessoais e individuais a garantir-lhe acesso à justiça, quando, na leitura de HABERMAS,

Não me parece, assim, que a postura defendida pelos dignos e ilustres signatários da tese da concepção cênica – em que o juiz assume papel intervencionista, a ponto de interferir na distribuição dos espaços físicos da sala de audiência (é o juiz Hércules criticado por HABERMAS) – tenha maior respaldo na teoria do discurso e na democracia procedimental habermasiana. Em HABERMAS, a própria justiça constitucional deve restringir-se à discussão dos procedimentos da democracia, deixando de lado a discussão/concretização dos valores substanciais.¹⁸ E não me parece que seja isto que os bravos juízes estejam defendendo. Na verdade, correm o risco de estar – para utilizar a linguagem habermasiana – colonizando o mundo da vida, a partir de uma juridificação em demasia. *Não devemos esquecer a crítica que HABERMAS faz à juridificação, que, para ele, põe-se como um problema para o agir comunicativo: o direito-meio, expressão do agir instrumental-estratégico, a serviço da economia e do poder, invadiria a esfera do agir comunicativo, fundada no entendimento e, dessa maneira, prejudicaria a construção de uma razão intersubjetiva.*¹⁹

Finalmente, poderia ainda acrescentar que a tese acerca da concepção cênica tem um nítido perfil objetificador, no sentido que a filosofia hermenêutica adjudica a esse termo. Mas creio que nada disto é necessário. A própria concepção de igualdade adotada na tese da concepção cênica da sala de audiência *padece de um problema no que tange aos bens jurídicos em jogo*. Com efeito, não é crível reduzir a igualdade à distribuição dos atores que integram o processo, ou melhor, *de*

em razão dos postulados hermenêuticos iniciais do próprio DWORKIN, seria de se requerer desse juiz que, ao se reconhecer como membro de uma comunidade de homens livres e iguais, *se reconhecesse como um copartícipe do mundo da vida que sustenta as pretensões de justiça cotidianamente vivenciadas por essa mesma comunidade e simplesmente buscasse expressar, deontológica e não axiologicamente, em face do caso concreto a crença intercompartilhada, aplicando adequadamente as leis aprovadas para reger a sua vida em comum, colocando-se no lugar de cada um dos afetados pelo provimento, com a certeza de que as normas gerais e abstratas não foram feitas para gerar resíduos de injustiça para ninguém*. Veja-se, ademais, a contundente crítica que HABERMAS faz ao realismo jurídico – que precisamente em razão de suas altas exigências morais para com o direito termina por dele descer totalmente e, assim, por não delimitar as fronteiras entre o direito e a política quando explica as decisões judiciais através de fatores externos ao sistema jurídico; recusando ainda o positivismo jurídico por este optar pela garantia de certeza das decisões judiciais em detrimento de uma base de validade fundada nas pretensões de justiça que concretamente densifica as concepções de liberdade e igualdade intercompartilhadas inclusive nas práticas sociais daquela comunidade. Cfe. JÜRGEN HABERMAS, *Direito e Democracia I*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, em especial, p. 245 e segs.

¹⁸ A existência de tribunais constitucionais não é auto-evidente para HABERMAS. E, mesmo onde eles existem – e ele restringe-se à Alemanha e aos Estados Unidos – há controvérsias sobre o seu lugar na estrutura de competências da ordem constitucional e sobre a legitimidade de suas decisões. Crítica, assim, a idéia de concretização dos valores materiais constitucionais, aludindo que, “ao deixar-se conduzir pela idéia da realização de valores materiais, dados preliminarmente no direito constitucional, o tribunal constitucional transforma-se numa instância autoritária”. A invasão da esfera de competência dos tribunais, mediante concretizações materiais de valores, desestimula o agir orientado para fins cívicos, tornando-se o juiz e a lei as derradeiras referências de esperança para indivíduos isolados. *Idem, ibidem*.

¹⁹ Ver, nesse sentido, a percutiente análise de NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil*. São Paulo, USP, 1997, pp. 142, 275 e 276.

alguns atores. O sentido de igualdade ultrapassa, em muito, a estruturação procedimental “do lugar ocupado”. Como aduz MICHAEL WALZER, “os bens do mundo compartilham significados porque a concepção e a criação são processos sociais. Pelo mesmo motivo, os significados dos bens variam de uma sociedade para outra”.²⁰ *Desta feita, as relações entre Poder Judiciário e Ministério Público podem cair na “promiscuidade” independentemente da cadeira na qual se sentam*.

Ora, o mundo da vida existe independentemente daquilo que é percebido como mundo da vida pelos defensores desta tese. Nos últimos anos o Ministério Público tem sido compreendido pela comunidade como a instituição responsável por uma atuação forte em matéria de improbidade administrativa; atuante no combate às práticas criminosas que lesam em milhões a Previdência Social; fundamental para coibir a utilização de mão-de-obra infantil ou a institucionalização do trabalho escravo e, mais recentemente, de capital importância para desvendar ilícitos contra a vida de cidadãos brasileiros ou estrangeiros engajados na defesa do meio ambiente.

É por intermédio deste modo de ser cotidiano que a sociedade vê o Ministério Público e não no âmbito do *reduzido espaço público da sala de audiência*. Mais uma vez, importante aludir o autor supra mencionado, MICHAEL WALZER, quando aduz: “a igualdade é uma relação complexa de pessoas, mediada por bens que criamos, compartilhamos e dividimos entre nós; não é uma identidade de posses”²¹. Aqui reside um dos grandes problemas da tese da concepção cênica da sala de audiência, pois reduziu metafisicamente a questão da igualdade ao lugar ocupado por defensores e membros do Ministério Público. Com certeza não é assim que se constrói uma igualdade fundada em bens sociais para serem compartilhados pela comunidade; e o cidadão, quando se dirige ao Poder Judiciário, busca partilha de bens sociais como saúde, educação, segurança, respeito aos seus direitos de consumidor, etc. Logo, para o cidadão pouco significa a disposição das cadeiras, mas que, no mínimo, ele consiga o bem da vida perseguido. Quando no artigo 37, “caput”, da Constituição Federal indica-se o princípio da eficiência, determina-se, em última análise, a efetiva prestação da tutela jurisdicional. Por isto, não creio que a disposição das cadeiras seja algo de tamanha relevância...!

Numa palavra: a tese da “concepção cênica da sala de audiências” estabelece um paradoxo, problemática que talvez pudesse ser melhor examinada não à luz da teoria do agir comunicativo, mas, sim, da teoria dos sistemas, de NICKLAS LUHMANN, em que a autopoiese é o modo de observar o paradoxo (e não de solucioná-lo). Mas, provavelmente, nem HABERMAS, nem LUHMANN e nem GADAMER pensaram na concepção cênica da sala de audiências de um país abaixo do Equador.

²⁰ Cfe. WALZER, Michael. *Esferas da Justiça. Uma defesa do pluralismo e da igualdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 07.

²¹ *Op. cit.*, p. 21.

Por derradeiro, parece evidente que a “concepção cênica da sala de audiência” deve e merece ser rediscutida, desde o modo como estão distribuídos os espaços – o que inclui também rediscutir o papel destinado ao juiz a partir da necessária superação do paradigma da subjetividade (relação sujeito-objeto) – até o modo de solenização da própria audiência. *Para essa rediscussão, parece, sim, importante o apelo para a construção de uma razão comunicativa. Mas isto não pode ser feito por “decreto”. Há que se argumentar, uma vez que não há consenso sobre a matéria. E no momento em que falamos, fazemos uma oferta, como diria Habermas. E é o que estou fazendo a partir destas reflexões...Um convite ao diálogo. E, quem sabe, rumo a um consenso.*