

VOTO

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - (Relatora):

1. Ação direta de inconstitucionalidade, com requerimento de medida cautelar, ajuizada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, em 27.4.2012, contra a al. a do inc. I do art. 18 da Lei Complementar n. 75/1993 e o inc. XI do art. 41 da Lei n. 8.625/1993.

Sustenta o autor que a prerrogativa atribuída aos membros do Ministério Público de situar-se no mesmo plano e à direita dos magistrados nas audiências e sessões de julgamento representaria contrariedade ao *caput* e incs. I, LIV e LV do art. 5º da Constituição da República por afrontar os princípios da isonomia, do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, além de comprometer a necessária paridade de armas que deve existir entre a defesa e a acusação.

Pede seja conferida aos dispositivos impugnados interpretação conforme à Constituição da República para afastar a prerrogativa em foco nos casos em que o Ministério Público assumira a posição de parte processual, mantendo-a apenas quando atuar como *custos legis*.

2. A Presidência da República, a Advocacia-Geral da União e a Procuradoria-Geral da República são uníssonas em defender a compatibilidade constitucional dos preceitos impugnados, ao afirmarem que a prerrogativa em foco decorre diretamente de seu mister de proteção do interesse público e de fiscal do cumprimento da lei, atuando em defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis e em favor do Estado e da sociedade enquanto exerce a titularidade da ação penal.

O papel institucional do Ministério Público na Constituição da República de 1988

3. A partir da Constituição da República de 1988, o Ministério Público foi erigido à condição constitucional de instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado, assumindo funções distintas e ainda mais elevadas do que aquelas antes desempenhadas. Nesse contexto, afastou-se

da estrutura do Poder Executivo e adquiriu institucionalidade própria e atuante, afirmado-se em sua finalidade de defesa democrática do primado da ordem jurídica e para a proteção do interesse público. Para tanto, ao se traçar o novo perfil institucional do Ministério Público e descrever suas funções, na Constituição da República se tratou de assegurar-lhe os meios para o desempenho dessas atribuições, dotando-o de autonomia administrativa e financeira e atribuindo aos seus membros as garantias e prerrogativas necessárias à garantia de sua independência funcional.

Preservado seu papel de titular da ação penal e fiscal da aplicação da lei, que o caracterizou ao longo dos anos, o Ministério Público agregou aos seus contornos diversificada atuação no campo cível, como defensor de interesses sociais e individuais indisponíveis, atuação que se espalhou marcadamente na defesa do meio ambiente, da saúde, da educação, do consumidor, das crianças e adolescentes, da mulher, dos idosos e do patrimônio público.

4. A nova feição institucional adquirida pelo Ministério Público no regime constitucional desde 1988 abrigou sob sua proteção a defesa da sociedade, da democracia, da ordem jurídica e do patrimônio público, elementos que o tornam defensor de interesses coletivos, pelo que sua atuação está sempre dirigida à preservação de interesses e valores públicos em vista da realização do bem comum.

Ao reconhecer a legitimidade do Ministério Público para atuar em defesa dos direitos e interesses individuais homogêneos, o Ministro Celso de Mello assim se pronunciou sobre o papel constitucional do Ministério Público:

“ Nesse contexto, põe-se em destaque uma das mais significativas funções institucionais do Ministério Público, consistente no reconhecimento de que lhe assiste a posição eminente de verdadeiro “defensor do povo” (HUGO NIGRO MAZZILLI, “Regime Jurídico do Ministério Público”, p. 224/227, item n. 24, “b”, 3ª ed., 1996, Saraiva, 10 v.g.), incumbido de impor, aos poderes públicos, o respeito efetivo aos direitos que a Constituição da República assegura aos cidadãos em geral (CF, art. 129, II), podendo, para tanto, promover as medidas necessárias ao adimplemento de tais garantias, o que lhe permite a utilização das ações coletivas, como a ação civil pública, que representa poderoso instrumento processual concretizador das prerrogativas fundamentais atribuídas, a qualquer pessoa, pela Carta

Política, “(...) sendo irrelevante o fato de tais direitos, individualmente considerados, serem disponíveis, pois o que lhes confere relevância é a repercussão social de sua violação, ainda mais quando têm por titulares pessoas às quais a Constituição cuidou de dar especial proteção” (...)

A existência, na espécie, de interesse social relevante, amparável mediante ação civil pública, ainda mais se põe em evidência, quando se tem presente – considerado o contexto em causa – que os direitos individuais homogêneos ora em exame revestem-se, por efeito de sua natureza mesma, de índole eminentemente constitucional ” (RE n. 472.489, Segunda Turma, DJe 8.5.2008).

Na mesma linha, Walter Claudius Rothenburg assinala:

“A incumbência de defender o regime democrático condiciona a defesa da ordem jurídica à vinculação desta à democracia: o exercício do Poder Público de modo participativo e consentâneo com as expectativas do povo.

*Depois dessa importante generalidade, aponta-se uma finalidade mais específica e, nessa medida, mais reveladora: ao MP cabe cuidar dos interesses que tenham relevância social. “Interesses (direitos) sociais” é uma expressão adequadamente larga, que abrange direitos metaindividuais (...), coletivos (...) e individuais (como o relativo às crianças e às populações tradicionais), desde que sejam relevantes para a sociedade (...) Os interesses individuais indisponíveis estão incluídos, pois a indisponibilidade é uma consequência do interesse social relevante reconhecido juridicamente” (ROTHENBURG, Walter Claudius. *Comentários à Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro Paulo: Forense, p. 1.633).*

5. Como indicado na inicial da presente ação, o ambiente judicial construído ao longo de nossa história é cercado de simbolismos e formalidades, que se expressam em liturgias, protocolos, linguagem e vestimentas próprias, e se manifestam, também, na forma como dispostos nos cenários públicos seus atores.

Longe da referência inquisitorial arguida pelo autor, a distribuição dos sujeitos processuais nas audiências e sessões de julgamento decorre da própria posição assumida pelo Estado na prestação da justiça e na solução dos litígios pela aplicação da lei. Assume o Estado, na figura do juiz, o papel central e destacado de condutor e ordenador dos trabalhos, seguindo-se, ao seu lado, também o Estado, pelo Ministério Público, em defesa do

interesse de toda a coletividade e, imediatamente, surge o jurisdicionado ou seu representante, na ilustre figura do advogado, em busca da tutela de interesses individuais.

Como assinalado pelo autor, “ *o cidadão, representado pelo advogado, não é menos importante do que o Estado, simbolizado pelo magistrado ou pelo membro do Ministério Público, valendo lembrar a máxima nas democracias modernas que o Estado deve servir ao cidadão* ”.

O ponto de aparente contestação talvez se restrinja apenas à concepção de cidadão, tomando-o em sua dimensão individual (singular) ou coletiva. Não é demasiado recordar que na Constituição da República se prescreveram direitos e garantias fundamentais oponíveis contra o Estado. Entretanto dessa mesma ordem constitucional também emerge a indisponibilidade do interesse público (primário) e sua precedência sobre interesses privados, a supremacia do interesse público.

6. A questão subjacente que então se coloca não antagoniza Estado e cidadão, como parece sugerir o autor ao afirmar que o modelo posto indicaria que “ *o cidadão é menos importante que o Estado*”, mas, ao contrário, busca harmonizar e trazer o interesse coletivo para cumprir com o individual, não como contrapostos interesses.

7. Ministério Público e Advogados operam sob perspectivas diferentes, mas buscam o interesse público da República e, principalmente, a prestação justa do que é devido a cada qual. O primeiro atua em defesa do interesse público e da coletividade, o segundo distingue-se por patrocinar interesse particular e individual. O reconhecimento dessa importante distinção fulmina o argumento de contrariedade ao princípio da isonomia, pois a atuação diferente de cada agente no processo não os desiguala em direitos, até porque juiz, advogado e membro do Ministério Público têm funções distintas, todas essenciais à prestação da jurisdição. Não há ruptura do princípio da igualdade, há a sua interpretação e aplicação segundo a função de cada qual.

Sobre igualdade, José Afonso da Silva leciona:

“ (...) o princípio [da igualdade] 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 de modo abstratamente igual, pois o tratamento igual – escreve Petzold – 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 . Este julga, assim, como ‘essenciais ou ‘relevantes’ certos aspectos ou características das pessoas, das circunstâncias ou das situações nas quais essas pessoas se encontram, e funda sobre esses aspectos, ou elementos, as categorias estabelecidas pelas normas jurídicas (...). Vale dizer que as pessoas ou situações são iguais ou desiguais de modo relativo, ou seja, sob certos aspectos. Nesse sentido já se pronunciou também Seabra Fagundes, para lembrar que ‘os conceitos de igualdade e de desigualdade são relativos, impõem a confrontação e o contraste entre duas ou várias situações, pelo que onde uma só existe não é possível indagar de tratamento igual ou discriminatório?’ (SILVA, José Afonso da. Comentário contextual à Constituição . São Paulo: Malheiros, 2009, 5ª ed., p. 75, grifos nossos).

8. Ao conferir ao membro do Ministério Público a prerrogativa de tomar assento ao lado direito do juiz – diga-se, não é no mesmo plano físico do do julgador, tanto que aquele, em geral, tem uma posição de destaque formal - , as normas impugnadas parecem ter eleito características essenciais que dispõem ambos se inserirem na estrutura do Estado e dão visibilidade e submissão aos compromissos indisponíveis do Poder Público, seja porque a atuação do primeiro em favor de interesses coletivos o identifica com a representação estatal, de postular e fiscalizar a jurisdição com em benefício da sociedade e da busca do bem comum. Nesse contexto, como realçado na manifestação da Advocacia-Geral da União, as características das atividades desempenhadas pelo Ministério Público não se confundem com aquelas da advocacia:

“ Registre-se, a esse respeito, que as garantias e prerrogativas conferidas ao Ministério Público não configuram privilégios (...); na verdade, destinam-se a assegurar o interesse público, garantindo a atuação independente dos membros da referida instituição.(...)

[O] Ministério Público tem por fim precípua garantir o cumprimento e a salvaguarda do interesse público, ainda quando integra um dos polos da relação jurídico-processual. Assim, diante da

sua condição de defensor dos interesses da sociedade, a atuação do referido órgão estatal não deve ser equiparada à atividade desempenhada pelos advogados privados e defensores públicos.

Tanto é assim que os crimes processados mediante ação penal pública (...) têm por característica a violação ao interesse geral, além de afetarem interesse particular (...) Do mesmo modo ocorre no âmbito do processo civil, uma vez que, "se o Ministério Público propõe uma ação, como órgão do Estado, na defesa de interesses globais da sociedade (v.g., uma ação para reparar danos ao meio ambiente), apesar de sua posição formal de parte (como sujeito ativo da relação processual), nem por isso deixa de zelar pela ordem jurídica. Assim, a atuação do Ministério Público, mesmo como sujeito ativo processual, visa à defesa do interesse público.

Assim, tendo-se em vista a destinação constitucionalmente atribuída ao Ministério Público, a prerrogativa em questão não se mostra desarrazoada ou abusiva a ponto de macular o princípio constitucional da isonomia (artigo 5º, caput e inciso I, da Carta), haja vista que as funções desempenhadas pelos membros do Ministério Público são diversas daquelas exercidas por advogados privados" (doc. 41, fls. 7-9).

9. A opção legislativa por esse modo de distribuição cênica dos atores processuais, que, nas palavras do autor, situa os membros do Ministério Público " ombro a ombro " com os magistrados, não se mostra ilegítima ou desarrazoada, pois, como enfatizado, dirige-se ao atendimento do interesse público primário para qual se voltam todas as atividades estatais, o benefício da coletividade.

Sobre o princípio da razoabilidade, invocado pelo autor, Hely Lopes Meirelles ensina que " *pode ser chamado de princípio da proibição de excesso, que, em última análise, objetiva aferir a compatibilidade entre os meios e os fins, de modo a evitar restrições desnecessárias ou abusivas por parte da Administração Pública, com lesão aos direitos fundamentais* " (MEIRELLES, Hely Lopes, *Direito Administrativo Brasileiro* . São Paulo: Malheiros, 24. ed. 1999, p. 86).

10. A disposição cênica confrontada nesta ação não representa excesso injustificável e atentatório a direitos fundamentais da parte ou de seu advogado. Limita-se a refletir a evolução constitucional que vem

formatando a figura institucional do Ministério Público e atribuindo a seus integrantes prerrogativas que se reputou necessárias ao fiel desempenho de suas funções.

Note-se que tais condições dota os membros do Ministério Público da envergadura que os faz manter-se apegados aos deveres do cargo que ocupam e submissos aos fins que são definidos em suas carreiras.

11. Não se está a tratar de sobreposição entre Estado e cidadão, tampouco de hierarquia entre os sujeitos processuais, pois essa não se ampara em qualquer preceito constitucional. A posição dos sujeitos processuais é, entretanto, simbolismo que deriva de uma evolução histórica, mas dela não se extrai nenhuma mácula ou desvalor ao advogado ou a essencialidade na nobre função que exerce para a administração da justiça.

12. O fundamento pelo qual a disposição dos atores processuais comprometeria o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa, por inculcar no jurisdicionado a incorreta impressão de parcialidade do julgador, confusão de atribuições entre este o membro do Ministério Público, ou até mesmo conluio, não se sustenta. Inexiste elemento concreto que autorize a conclusão de que a proximidade física com o membro do Ministério Público possa influenciar ou comprometer a parcialidade do magistrado na condução das audiências de instrução ou na prolação de sentença. A inferência subjetiva apresentada na presente ação direta não pode infirmar a validade constitucional das normas impugnadas.

Insiste o autor que, “ *como consequência da obrigatoriedade de condições equânimes de atuação e munção no processo penal, assegurada pela Carta Política, (...) [as normas impugnadas representariam] violação ao princípio da paridade de armas, em que ‘a todo ato produzido caberá igual direito da outra parte de opor-se-lhe ou de dar-lhe a versão que lhe convenha, ou ainda, de fornecer uma interpretação jurídica diversa daquela feita pelo autor’*” (fl. 12). Entretanto, não é possível inferir que a disposição física dos sujeitos processuais possa criar obstáculos ou embaraços à prática de qualquer ato pelo advogado nem mesmo privá-lo da oportunidade de contraditar fatos ou alegações trazidas pelo Ministério Público. Nesse contexto, não se evidencia posição de vantagem do Estado-acusador ou do Estado fiscal da lei na função de sua interpretação e aplicação nos casos judicialmente postos a exame e decisão em detrimento da defesa-técnica.

Nem de longe parece haver, apenas nesse quadro de topografia de assentos, disparidade de armas a impor o reconhecimento da inconstitucionalidade arguida.

13. A pretensão de circunscrever o exercício da prerrogativa estabelecida na al. a do inc. I do art. 18 da Lei Complementar n. 75/1993, reproduzida no inc. XI do art. 41 da Lei n. 8.625/1993, apenas aos casos em que o Ministério Público se apresente como *custos legis* não se viabiliza, pois a atribuição de defender o interesse público e a sociedade faz com que sua atuação possa conjugar, simultânea ou alternadamente, os papéis de parte processual e *custos legis*.

Assim, por exemplo, o Ministério Público, titular da ação penal, dispõe de legitimidade para impetrar *habeas corpus* em favor do paciente na condição de *custos legis*. Nesse sentido, por exemplo:

“ DIREITO PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS . POSTULADO DO JUIZ NATURAL. ESPECIALIZAÇÃO DE COMPETÊNCIA (RATIONE MATERIAE). RESOLUÇÃO DE TRIBUNAL DE JUSTIÇA. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO. 1. Alegação de possível violação do princípio do juiz natural em razão da resolução baixada pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte. 2. Reconhece-se ao Ministério Público a faculdade de impetrar habeas corpus e mandado de segurança, além de requerer a correição parcial (Lei nº 8.625/93, art. 32, I). 3. A legitimidade do Ministério Público para impetrar habeas corpus tem fundamento na incumbência da defesa da ordem jurídica e dos interesses individuais indisponíveis (HC 84.056, rel. Min. Eros Grau, 1ª Turma, DJ 04.02.2005), e o Ministério Público tem legitimidade para impetrar habeas corpus quando envolvido o princípio do juiz natural (HC 84.103, rel. Min. Marco Aurélio, Pleno, DJ 06.08.2004) ” (HC n. 91.024, Relatora a Ministra Ellen Gracie, Segunda Turma, DJe 22.8.2008, grifos nossos).

Essa possibilidade pode ser verificada em sentido inverso, quando o Ministério Público se despoja da condição de *custos legis* para assumir o polo ativo da ação popular em caso de desistência do autor, como prescreve a Lei n. 4.717/1965:

“ Art. 9º Se o autor desistir da ação ou der motiva à absolvição da instância, serão publicados editais nos prazos e condições previstos no art. 7º, inciso II, ficando assegurado a qualquer cidadão, bem como ao representante do Ministério Público, dentro do prazo de 90 (noventa) dias da última publicação feita, promover o prosseguimento da ação”.

Ainda nessa perspectiva, a cumulatividade dos papéis desempenhados pelo Ministério Público pode ser observada na ação direta de inconstitucionalidade. O Procurador-Geral da República dispõe de legitimidade universal para o ajuizamento da ação e o § 1º do art. 103 da Constituição da República determina que ele *“ deverá ser previamente ouvido nas ações de inconstitucionalidade e em todos os processos de competência do Supremo Tribunal Federal ”*.

No art. 8º da Lei n. 9.868 se estabelece que , *“decorrido o prazo das informações, serão ouvidos, sucessivamente, o Advogado-Geral da União e o Procurador-Geral da República ”*. Disso decorre que, mesmo quando figura como autor da ação direta de inconstitucionalidade, não se exclui a atuação do Procurador-Geral da República como custos legis .

14. Tanto conduz à conclusão de que a natureza das funções desempenhadas pelo Ministério Público, sempre voltadas à proteção do interesse público e dos valores constitucionais a ele confiados, não permite dissociar completamente a sua atuação como parte e fiscal da lei. Nessa linha, acertada a manifestação da Presidência da República quando afirma:

“ o Ministério Público, ainda quando atua como autor, representante da parte, substituto processual, interveniente, em razão da qualidade da parte, age em nome do interesse público.

A propósito, afirma Hugo Nigro Mazzilli que "se o Ministério Público propõe uma ação, como órgão do Estado, na defesa de interesses globais da sociedade (vg., uma ação para reparar danos ao meio ambiente), apesar de sua posição formal de parte (como sujeito ativo da relação processual), nem por isso deixa de zelar pela ordem jurídica". (grifo)

Nessa linha de entendimento, o Ministério Público, também quando atua como autor, representante da parte, substituto processual, interveniente, em razão da qualidade da parte, age em nome do interesse público. Nesse diapasão, ainda que formalmente esteja o Parquet figurando como parte, na realidade está agindo em nome do interesse social” (doc. 32).

A manifestação da Procuradoria-Geral da República é elucidativa a esse respeito, ao pontuar:

“[N] ão se pode extrair da Constituição qualquer distinção de posição processual relacionada as funções institucionais do Ministério Público; antes, ao contrário, a Constituição não diferencia o modo de cumprimento das funções.

Também não há distinção orgânica necessária do Ministério Público conforme a natureza de sua atuação processual, seja como fiscal da lei, seja como parte. (...)

A ausência de distinção orgânica é reflexo do princípio constitucional da indivisibilidade do Ministério Público (art. 127 parágrafo primeiro da Constituição) e projeta-se no âmbito institucional na forma acima referida: os mesmos membros podem atuar, a um só tempo, tanto com fiscais da lei, quanto como autores” (doc. 44).

15. Essa impossibilidade de apartar completamente as funções de parte processual e de fiscal da lei desempenhadas pelo Ministério Público também demonstra a ausência de fundamento válido a autorizar o acolhimento da pretensão do autor de conferir aos dispositivos legais impugnados interpretação conforme para restringir a prerrogativa em exame apenas aos casos em que a atuação seja tomada como *custos legis*.

16. Pelo exposto, **julgo improcedente a ação direta de inconstitucionalidade.**