

O MINISTÉRIO PÚBLICO E O ACESSO À JUSTIÇA PENAL

Denise Neves Abade

1 Ministério Público e o direito à prestação jurisdicional penal

O direito de ação tradicionalmente é conceituado como direito subjetivo público de invocar a prestação jurisdicional. É um direito autônomo, abstrato e dirigido contra o Estado.¹

A Constituição assegura a todos o direito à tutela jurisdicional, dispondo no artigo 5º, XXXV, o acesso amplo e genérico à provocação dessa tutela. A garantia constitucional de ação “representa para as pessoas, em última análise, garantia ao devido processo constitucional, ao instrumento estatal de solução de conflitos. Garantia implica proteção, ou seja, predisposição de meios para assegurá-la em concreto”.²

O direito de ação, para tanto, deve ser efetivo. Essa efetividade, como afirma Bedaque, “significa que todos devem ter pleno acesso à atividade estatal, sem qualquer óbice (*effettività soggettiva*); têm a seu dispor meios adequados (*effettività tecnica*) para a obtenção de um resultado útil (*effettività qualitativa*), isto é, suficiente para assegurar aquela determinada situação da vida³ reconhecida pelo ordenamento jurídico material (*effettività oggettiva*)”.

Questiona-se se o órgão acusador seria destinatário desse direito constitucional de invocar a tutela jurisdicional sempre que restar configurada a pretensão punitiva estatal, considerando-se que, via de regra, o Ministério Público tem o dever legal de exercer a ação penal, em decorrência do princípio da obrigatoriedade que vigora na ação penal pública.⁴

1 TORNAGHI, Hélio. *A relação processual penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1987. p. 242. No mesmo sentido, dentre outros, Ada Pellegrini Grinover: “(...) a orientação publicista do processo veio caracterizar o direito de ação como autônomo, independente do direito material a que visa instrumentalmente proteger” (GRINOVER, Ada Pellegrini. *As garantias constitucionais do direito de ação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973. p. 45-46).

2 Cf. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência: tentativa de sistematização*. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 58.

3 Ibidem, 72.

4 De forma que nos parece bastante acertada, a doutrina processual penal contemporânea vem entendendo que, a partir do advento da Lei n. 9.099/95, diante da possibilidade legal de o Ministério Público deixar de propor a ação penal em determinadas hipóteses, o princípio atualmente vigente no ordenamento é o da *obrigatoriedade ou legalidade mitigada*, abrindo-se espaço à *discricionariedade regulada ou regrada* (vide, nesse sentido GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES, Luiz Flávio. *Juízados especiais criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996). Manifestando-se contrariamente, afirma Afrânio da Silva Jardim: “Não há como reduzir a intensidade do dever de agir que recai sobre o Ministério Público. O princípio da obrigatoriedade é daqueles que não admitem aplicação parcial, sob pena de se desfigurar. Note-se que não estamos negando que o legislador possa, como na Alemanha, prever um poder discricionário para o Ministério Público exercer ou não a ação penal em casos específicos, em casos determinados. Em assim ocorrendo, temos o princípio da obrigatoriedade, mas permitiu-se a sua não-incidência para hipóteses menos relevantes” (SILVA JARDIM, Afrânio da. *Ação penal pública: princípio da obrigatoriedade*. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 53).

Parece-nos que, do ponto de vista do processo penal paritário, não há dúvida de que a parte acusadora tem o direito de, uma vez ocorrida a infração penal, ter acesso à via jurisdicional para, em juízo, pleitear o direito de punir estatal.

Filiamo-nos, assim, à corrente que entende a ação penal como um direito subjetivo de postular a prestação jurisdicional do Estado.

Discute-se se o direito à ação penal é verdadeiramente direito ou poder jurídico. Para alguns, a discussão é meramente terminológica, já que a expressão poder jurídico é usada às vezes como direito potestativo, e outras como sinônimo de direito subjetivo.⁵

Nesse sentido, afirma Fernando Tourinho Filho que “parte da doutrina define a ação penal como um poder jurídico ou simplesmente como um poder. Mas, de duas uma: ou a palavra poder está empregada no sentido de direito subjetivo, poder de exigir algo de outrem e, nesse caso, será questão de mera terminologia, ou, então, na acepção de direito potestativo, numa demonstração de adesão à teoria chiovendiana.”⁶

Acrescenta o autor que: “Processualmente, não há diferença entre ação penal e ação civil, salvo no que respeita à pretensão que lhes serve de suporte fático. Se a pretensão é de natureza penal, ação penal; ação civil, se extrapenal a pretensão. A circunstância de o Estado-administração ter o dever de exercer o direito de ação penal e, no cível, o particular ter apenas a faculdade de exercê-lo – *facultas agendi* – não desnatura o conceito de ação como um direito em frente ao Órgão Jurisdicional que está obrigado a se manifestar sobre a pretensão deduzida.”⁷

Não obstante o entendimento de Tourinho, parece-nos que o poder jurídico referido por grande parte da doutrina tem o sentido de direito potestativo. Tais autores compreendem a ação penal condenatória de forma bastante diversa da até aqui apontada.

Acolhendo o pensamento de Joaquim Canuto Mendes de Almeida, para o qual a ação penal é *ação judiciária*⁸, para os adeptos dessa corrente doutrinária não existe direito de o Ministério Público reclamar à jurisdição a punição, mas tão-somente o poder-dever de o fazer. A idéia de direito subjetivo estaria, assim, ligada sempre à idéia de vantagem, de favorecimento.

E o Ministério Público não poderia ser titular dessa “vantagem”, arrogada individualmente.⁹ Contudo, o que essa corrente doutrinária não parece saber solucionar é a ques-

5 Chiovenda define a teoria da ação como direito potestativo exercido contra o réu, sujeitando-o ao processo, ou seja, o poder de produzir em face do réu o efeito jurídico da atuação da vontade concreta da lei (CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de direito processual civil. Trad. de Guimarães Menegale com notas de Enrico Tulio Liebman. São Paulo: Saraiva, 1942. v. 1).

6 TOURINHO FILHO, Fernando. Processo penal. São Paulo: Saraiva, 1992. v. 1, p. 270.

7 Ibidem, p. 271.

8 “O aparelho jurisdicional, também, tem duas ações: a própria, que é a jurisdição, e a instrumental, que é a ação judiciária comunicada. Recebe impulso exterior, do agente principal, exatamente em função das próprias virtudes que possui, intrínsecas, peculiares, de apreciação irrecusável e de efetivação coativa do direito. É assim como a ação do instrumento, enquanto instrumento, tão penetrada é da ação do agente motor, que ambas constituem uma e a mesma ação; assim como um e o mesmo efeito deve ser atribuído todo à causa principal e todo à causa instrumental, a observância coativa da lei tanto é obra da jurisdição como da ação judiciária” (ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. Processo penal, ação e jurisdição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975. p. 148). Em obra anterior, o autor já distinguia ação civil da ação penal: “O contraste entre ação civil e ação penal deve ser substituído pelo contraste entre ação e acusação. Ou, ainda melhor, ação e direito de punir (...). Consiste a ação penal, pura e simplesmente, em acusar ou em também instruir, limitada ou ilimitadamente, o julgador, uma vez estabelecida por lei, constitui condição do funcionamento jurisdicional” (ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. Ação penal: análises e confrontos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1938. p. 37-38).

9 A corrente é esposada por Rogério Lauria Tucci, que correlaciona a promoção penal à regra da oficialidade: “Diz a regra da oficialidade, indubitavelmente, com um dever de ordem pública, cabente a funcionário público, com atribuição para o exercício do direito à jurisdição penal (órgão do Ministério Público) ou competência para a realização da ação judiciária ao mesmo correspondente (agente do Poder Judiciário – juiz ou tribunal)” (TUCCI,

tão do “poder-dever” de o Ministério Público ingressar com a ação penal (princípio da obrigatoriedade estrita da ação penal), em relação à sua posição de agente político.

Com efeito, entendemos que não há operacionalidade técnica do uso desse conceito. Isso porque, por exemplo, o magistrado também possui o poder-dever de condenar ou absolver, a depender do caso concreto.

Ora, se a marca distintiva do funcionário público/agente político é exatamente a independência funcional, é claro que lhe cabe analisar, com isenção, a existência ou não dos pressupostos constitucionais de sua atuação, sem que qualquer decisão futura em contrário possa obrigá-lo a alterar seu posicionamento.

Logo, analisando a conduta de um agente político, esta sempre terá sido compatível com o seu poder-dever, por presunção absoluta, já que não se admite a revisão do posicionamento do agente, mas, no máximo, a substituição desse posicionamento por outro, oriundo de uma instância revisional (Tribunais, no caso do magistrado, ou Procuradoria-Geral no caso do Ministério Público).

Refutamos, assim, a idéia de que há para o Ministério Público um “poder-dever” de ingressar com ação penal pública. O Ministério Público é destinatário, sim, do direito de acessar o Poder Judiciário e obter a prestação jurisdicional.

Não obstante a divergência doutrinária acima apontada, há franco predomínio no Processo Penal do conceito de ação penal como direito subjetivo público de invocar a tutela jurisdicional do Estado, resguardadas algumas divergências pontuais.¹⁰

Nas palavras de Afrânio Silva Jardim, “urge distinguir o direito de ação do seu exercício. Aqui, o direito de ação surge da proibição da auto-aplicação do chamado *jus puniendi* do Estado, enquanto o dever de seu exercício surge do interesse público em sancionar os violadores das normas penais materiais, sem que a jurisdição seja prestada de ofício, independentemente de provocação, o que comprometeria a estrutura dialética do processo e, por conseguinte, a imparcialidade do juiz.”¹¹

O autor conclui que o fato de, geralmente, o exercício da ação penal ser obrigatório para o Ministério Público, em nada obstaculariza a concepção da ação como

Rogério Lauria et illi. Princípio e regras do novo processo penal brasileiro. Rio de Janeiro: Forense, 1986. p. 73). No mesmo sentido, Sérgio Marcos de Moraes Pitombo: “a ação judiciária termina, primacialmente, por emergir como direito autônomo do réu à tutela jurídica, assestado contra o Estado, obrigado este sempre a prestá-lo, em defesa da liberdade jurídica do demandado (...). Pode-se, então, falar em pretensão à tutela jurídica, mas do réu, ínsita em toda a atividade processual. A ação seria, na realidade, o preço necessário a ser pago pelo autor, para sujeitar, depois, o réu aos efeitos da coisa julgada, se tiver razão. O autor, no processo, suporta a tutela jurisdicional de liberdade, como ônus de demandar”.(PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. Ainda o direito de ação. In: REALE JÚNIOR, Miguel (Dir.) Ciência penal 3. São Paulo: Bushatsky, 1974. p. 433-434). Vide também, PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. A polícia judiciária e as regras orientadoras do processo penal. In: MORAES, Bismael B. de (Coord.) A polícia à luz do direito. São Paulo: Revista dos Tribunais). Cite-se, também, a posição de COUTINHO, Jacinto Neto Miranda. O ato administrativo de instauração do inquérito policial, In: BARRA, Rubens Preste; ANDREUCCI, Ricardo Antunes (Coord.). Estudos jurídicos em homenagem a Manoel Pedro Pimentel. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992. p. 171 e de COSTA, Paula Fernandes Martins da. Ação penal condenatória. São Paulo: Saraiva, 1995, p.83-87).

10 Neste sentido, cite-se Ada Pellegrini Grinover (As garantias constitucionais do direito de ação, cit., p. 23-68). A autora aponta inúmeros autores que acolhem a doutrina dominante sobre a natureza do direito de ação. Ressalva a teoria de Calmon de Passos, que vê na ação um poder genérico de direito público, outorgado pela Constituição; esse poder de provocar a atividade jurisdicional pode engendrar mais tarde direitos e obrigações, e isso se verifica no momento em que o preceito constitucional é regulamentado por meio de leis; o poder judicial concretiza-se em direito subjetivo com a demanda, determinando a obrigação específica do órgão judiciário de prolatar uma decisão e a sujeição do demandado ao poder jurisdicional do Estado. Para o autor, esse direito é direito a uma decisão - nem favorável, nem mesmo de mérito (Ibidem, p. 68).

11 Afrânio Silva Jardim, Ação penal pública: princípio da obrigatoriedade, cit., p. 34.

direito subjetivo, já que direito de ação e exercício do direito de ação são fenômenos jurídicos distintos.

Na verdade, percebemos que, *na visão do Ministério Público como agente político e parte na relação processual penal, não há como afastarmos do conceito de ação penal como direito subjetivo do Estado-administração.*

2 Inconstitucionalidade de medidas que tentam impedir o acesso do Ministério Público à justiça ou limitar sua atuação na persecução penal

Partindo-se da premissa de que, ocorrendo a prática de uma infração penal, surge para o Estado-administração a pretensão punitiva, e de que essa pretensão deve ser invocada perante o Poder Judiciário, levando a um direito autônomo daquele material (direito de ação) constitucionalmente garantido, não há como admitir-se regras no ordenamento que impeçam de qualquer forma o acesso do Ministério Público à via jurisdicional, por configurarem-se absolutamente inconstitucionais.

Nesse sentido, assim se apresenta dispositivo legal presente no artigo 83 da Lei n. 9.430/96 que, na esteira de uma série de medidas legais que se revelaram verdadeiras válvulas de escape para a punição dos chamados *crimes do colarinho branco*, visa impedir que os órgãos administrativofiscais comuniquem prontamente a ocorrência de crimes contra a ordem tributária ao Ministério Público. Segundo a nova legislação, a comunicação somente poderá ser feita após o término do processo administrativo-fiscal. Antes disso, o Ministério Público ficaria impedido de agir.¹²

Dentre as normas constitucionais ofendidas pelo artigo 83 da Lei n. 9.430/96 apontadas na ADIn (infelizmente ignoradas no julgamento da liminar), encontrava-se justamente o direito à ação penal conferido ao Ministério Público, consagrado no artigo 5º, XXXV, CF.

Com efeito, esse dispositivo legal impede que lesão ou ameaça ao direito seja apreciado pelo Poder Judiciário. Cria verdadeiro obstáculo ao Ministério Público de acessar a Justiça por meio de ação penal pública, visando prestação jurisdicional a respeito dos fatos delituosos – direito fundamental assegurado na Constituição.

Ressalte-se, ainda, que a Constituição estabelece como função institucional do Ministério Público “*promover, privativamente, a ação penal pública*” (art. 129, I CF). Foi, portanto, confiado somente ao Ministério Público a função constitucional de realizar o juízo sobre a existência, ou não, de crime em tese a ensejar o oferecimento de denúncia, ou seja, de decidir se há indício de conduta delituosa capaz de fundamentar acusação criminal em juízo.

12 Dispõe o artigo 83 da Lei n. 9.430/1996: “A representação fiscal para fins penais relativa aos crimes contra a ordem tributária definidos nos artigos 1º e 2º da Lei n. 8.137, de 27 de dezembro de 1990, será encaminhada ao Ministério Público após proferida decisão final, na esfera administrativa, sobre a exigência fiscal do crédito tributário correspondente.” Os artigos 1º e 2º da Lei n. 8.137/1990, referidos na norma impugnada, descrevem os crimes praticados por particulares contra a ordem tributária. Contra esse dispositivo foi intentada ação direta de inconstitucionalidade pelo Procurador Geral da República (ADIn n. 1571-1, rel. Ministro Néri da Silveira), após solicitação formulada pelos membros do Ministério Público Federal lotados em São Paulo/SP, apontando violação aos artigos 1º; 2º; 3º; 5º, *caput* e inciso XXXV; 37, *caput*; 60, parágrafo 4º, inciso III; 129, inciso I; e 170 da Constituição Federal. No julgamento da liminar – exarado pelo plenário do Supremo Tribunal Federal –, a corte constitucional buscou interpretar o artigo em conformidade à Constituição. O STF deu enfoque à alegação de infringência ao artigo 129, inciso I, que estabelece que é função institucional do Ministério Público “*promover, privativamente, a ação penal pública*”, tendo-lhe sido confiada a função constitucional de realizar o juízo sobre a existência, ou não, de crime em tese a ensejar o oferecimento de denúncia, ou seja, de decidir se há indício de conduta delituosa capaz de fundamentar acusação criminal em juízo.

Tal missão, por ser exclusiva do Ministério Público, por força da mencionada norma constitucional, não poderia ficar dependente da iniciativa de outros órgãos ou pessoas, salvo em casos nos quais o *interesse pessoal* do sujeito fosse considerado mais relevante pelo Estado do que a exigência de repressão da conduta ilícita.

Resulta daí que qualquer cidadão e, por maior razão, qualquer órgão público tem o *dever* de noticiar imediatamente ao Ministério Público toda prática de conduta criminosa, principalmente aquelas que afrontam bens jurídicos tão relevantes para o Estado e para a sociedade quanto a ordem tributária. Não caberia, assim, ao cidadão ou ao órgão público realizar a *opinio delicti*, isto é, o juízo sobre a existência, ou não, de ilícito penal – função privativa do *Parquet*.

Outra hipótese que veda o acesso do Ministério Público ao Judiciário encontra-se alojada nas hipóteses de anistia dos autores de crimes contra os direitos humanos praticados durante os períodos de ditadura, existentes nos países da América Latina.

Essa legislação, sem dúvida alguma, impossibilita a persecução criminal dos autores dos delitos.

No caso específico brasileiro, em relação às leis especiais relativas à reparação às vítimas e familiares da ditadura recente brasileira, cite-se a Lei n. 6.683 de 28.8.1979, que concedeu anistia ampla, geral e irrestrita aos que participaram do processo de golpe e manutenção do regime ditatorial e também àqueles acusados de crimes políticos e conexos.

Em 1995, foi aprovada a Lei n. 9.140, fixando o montante da indenização às vítimas e familiares de pessoas mortas ou desaparecidas por violações de direitos humanos por parte do Estado.

Entretanto, a Convenção Americana de Direitos Humanos, ratificada pelo Brasil, estabelece que todos têm direito de acesso à justiça (art. 8º, 1).

Ao interpretar tal artigo (em conjunto ainda com o art. 1.1, que impõe aos Estados a obrigação de garantir genericamente os direitos humanos previstos na Convenção), a Corte, no caso *Loayza Tamayo*, não aceitou a posição do Estado peruano, que se insurgiu contra o dever de investigar e punir os responsáveis pela ilegal detenção da Sra. Tamayo, alegando anistia geral aos membros das Forças Armadas e Polícias Civil e Militar.¹³

Para a Corte, “*los Estados no pueden, para no dar cumplimiento a sus obligaciones internacionales, invocar disposiciones existentes en su derecho interno, como lo es en este caso la Ley de Amnistia expedida por el Perú, que a juicio de esta Corte, **obstaculiza la investigación y el acceso a la justicia**. Por estas razones, el argumento del Peru en el sentido de que le es imposible cumplir con ese deber de investigar los hechos que dieron origen al presente caso debe ser **rechazado**”.*¹⁴

Cabe lembrar que o Brasil, no final do ano de 1998, reconheceu a jurisdição obrigatória daquela Corte, devendo o Estado brasileiro cumprir com suas interpretações relativas ao conteúdo dos direitos protegidos na Convenção.

Assim, além de possível vício de inconstitucionalidade, a restrição do acesso à justiça pelo Ministério Público viola o dever do Estado de investigar e punir os responsáveis pelos crimes, gerando impunidade. E como a Corte Interamericana de Direitos Humanos salienta, “(...) *el Estado tiene la obligación de **combatir tal situación** por todos los medios legales disponibles ya que la **impunidad propicia la repetición crónica de las violaciones de derechos humanos** y la total **indefensión de las víctimas de sus familiares**”.*¹⁵

13 Foram editados, durante o governo Fujimori, os Decretos-Leis ns. 26.479 e 26.492 (Leis de Anistia).

14 Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Loayza Tamayo - Reparaciones*, sentença de 27.11.1998, Série C n. 42, parágrafo 168. (Grifamos).

15 Conforme já mencionado anteriormente. Ver Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Paniagua Morales e outros - Mérito*, Série C n. 37, parágrafo 173.

3 Eficácia do acesso à justiça: o direito do Ministério Público a um processo de duração razoável

O amplo acesso aos tribunais implica necessariamente na garantia de um acesso *eficaz* à prestação jurisdicional. Conforme afirma Canotilho, “ao demandante de uma protecção jurídica deve ser reconhecida a possibilidade de, em tempo útil (‘adequação temporal’, ‘justiça temporalmente adequada’), obter uma sentença executória com força de caso julgado – a justiça tardia equivale a uma denegação de justiça”.¹⁶

A partir da disposição presente no artigo 5º, XXXV da Constituição, e com a ratificação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos pelo Brasil, em 1992 – cujos dispositivos, por força do artigo 5º parágrafo 2º, CF, colocam-se hierarquicamente no mesmo nível das normas constitucionais¹⁷ –, foi formalmente garantido o direito a dispor de um tribunal que decida os conflitos de interesses e *repere os prejuízos das partes em tempo razoável*.¹⁸

Especificamente, a Convenção Americana de Direitos Humanos atribui a toda pessoa, em processos civis, trabalhistas, fiscais ou “*de qualquer outra natureza*”, direito de ser processada “*dentro de um prazo razoável*”¹⁹. O Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos também reconhece o conceito, garantindo o julgamento do réu “*sem dilações indevidas*”.²⁰

Contudo, o Estado tem-se revelado incapaz não só de garantir de fato o acesso e a igualdade de todos à justiça e ao direito, como também de dotar o sistema judicial de meios e mecanismos que permitam processar de forma célere e eficaz a procura de tutela judicial que lhe é dirigida.

Sobre o tema, observa Alfredo Gaito: “*Il prezzo che l’ordinamento paga in termini de costi processuali e di credibilità, in conseguenza di un simile stato di cose, si è rivelato malta alto, privo di utilità e senza giustificazioni sul piano giuridico*”.²¹

No Brasil, o problema da lentidão na administração da justiça é consensualmente reconhecido como uma das principais disfunções do sistema judicial, grande responsável pelo crescente desprestígio e mesmo perda de legitimidade dos tribunais como instâncias de resolução de conflitos.

Por seu turno, a Corte Interamericana de Direitos Humanos já decidiu, em sentença proferida em 29 de janeiro de 1997, no chamado “Caso Genie Lacayo” (que condenou o Estado da Nicarágua por violação à Convenção Americana de Direitos Humanos), que o

16 Ob. cit., p. 652. Prossegue o autor: “Note-se que a exigência de um direito sem dilações indevidas, ou seja, de uma protecção judicial em tempo adequado, não significa necessariamente ‘justiça acelerada’ (...). A existência de processos céleres, expeditos e eficazes – de especial importância no âmbito do direito penal mas extensiva a outros domínios – é condição indispensável de uma protecção jurídica adequada (exemplo: prazos em caso de *habeas corpus*, apreciação da prisão preventiva, procedimentos cautelares).” José Joaquim Gomes Canotilho não foi citado, portanto falta a referência à obra utilizada.

17 Posição defendida por, entre outros, Antonio Augusto Cançado Trindade e Flávia Piovesan.

18 Eduardo Couture inclui o direito de acesso à Justiça, declarado no artigo 5º, XXXV, como corolário do direito de petição aos Poderes Públicos no regime democrático (COUTURE, Eduardo. Introdução ao estudo do processo civil. Trad. de Mozart Victor Russomano. 3. ed., Rio de Janeiro: José Kofino, 1951. p. 19).

19 “Art. 8º – Garantias judiciais. 1. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de carácter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.”

20 “Art. 14-3 _ Toda pessoa acusada de um delito terá direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: (...) c) a ser julgada sem dilações indevidas.”

21 GAITO, Alfredo. Accusa e difesa di fronte ai nuovi istituti: problema di scelta e strategia processuale. In: GAITO, Alfredo (Coord.). *Questione nuove di procedura penale*. Padova: Cedam, 1989. p. 11.

direito a um processo de *duração razoável volta-se, também, ao órgão acusador*, no caso o assistente da acusação (o pai da vítima).²²

Com isso, a Corte estabeleceu que, em nenhum momento, o artigo 8, item 1 da Convenção Americana de Direitos Humanos, citado acima, limita seu alcance aos direitos do réu ou a uma espécie de lide. Conforme preleciona André de Carvalho Ramos, ao comentar essa decisão da Corte: “Pelo contrário, a redação é generosa (direito a ser ouvido) e ampla (em lides de qualquer natureza), abarcando tanto o Autor quanto ao Réu em qualquer processo, inclusive o penal”.²³

In casu, a Corte decidiu, quanto ao prazo razoável para a prolação de sentença judicial, invocando a jurisprudência da Corte Européia de Direitos Humanos, que devem ser levados em consideração três elementos para a determinação da razoabilidade do prazo; a) a *complexidade do assunto*; b) a *atividade processual do interessado* e c) a *conduta das autoridades judiciais*

A Corte sustentou que a *acusação* (no caso, o assistente da acusação, pois este recorreu à Corte) tem direito a um processo de duração razoável. Além disso, decidiu que existem *parâmetros para firmar a violação de tal direito* (complexidade do assunto, atividade processual do interessado e a conduta das autoridades judiciais), o que impede que haja total arbitrariedade judicial.

Por outro lado, diga-se que a Corte, ao defender o direito do assistente da acusação a um processo de duração razoável, firma o direito da vítima à realização de justiça.

A lentidão da Justiça tem custos sociais e econômicos. Por exemplo, pode potencializar a criminalidade oculta, com a proliferação de formas ilegítimas de resolução de conflitos (em especial, de cobrança de dívidas, o recurso aos justiceiros) e afastar investimentos econômicos.

A administração da justiça deve, pois, garantir às partes a plena vigência dos seus direitos – o que de fato não acontece quando nos confrontamos com a morosidade dos tribunais, que não respondem com eficácia e eficiência às necessidades do réu e do acusador.

Não é de hoje que encontramos na doutrina a preocupação sobre a duração do processo. Já Beccaria afirmava que o tempo concedido para o acusado se defender deveria ser o suficiente para que não demorasse a imposição do castigo, já que com a demora de sua aplicação, a pena não surtiria efeito contra os criminosos.²⁴

A chamada reforma do Judiciário, em tramitação no Congresso Nacional desde 1996, dá atenção especial à resolução do problema da ineficiência e ineficácia da administração da justiça. Entre as pretendidas inovações, há a inclusão de novo inciso no rol do artigo 5º da Constituição Federal, com a seguinte redação: “LXXVIII – a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.”

A emenda constitucional, dessa forma, disporá expressamente sobre o tema da celeridade processual, ao elevar ao patamar constitucional – assim imune às leis inferiores – o dever de magistrados e membros do Ministério Público em despachar nos prazos legais

22 A Corte sustentou que, para determinar a violação do artigo 8º da Convenção, era necessário determinar se no processo penal contra os acusados da morte do jovem Genie Lacayo houve (ou não) o respeito às garantias processuais da parte acusadora. Nesse caso, a Corte reconheceu que o artigo 8º da Convenção refere-se às garantias processuais, consagrando o devido processo legal, consistente no direito de toda pessoa de ser ouvida, com as devidas garantias, dentro de um prazo razoável, por um juiz competente, independente e imparcial, pré-constituído pela lei em qualquer espécie de processo. Ver sobre o caso em RAMOS, André de Carvalho. *Direitos humanos em juízo: comentários aos casos contenciosos e consultivos da Corte Interamericana de Direitos Humanos*. São Paulo: Max Limonad, 2001.

23 André de Carvalho Ramos, *Direitos humanos em juízo...*, cit., p. 244.

24 BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Trad. Paulo M. Oliveira. Rio de Janeiro: Ediouro, 1988, em especial o capítulo XIII - Da duração do processo e da prescrição.

os feitos que a eles são submetidos (arts. 98, § 3º, e 129, § 5º) e ao se referir (art. 56) que comissão especial do Congresso Nacional elaborará, em cento e oitenta dias, projetos de alterações legislativas “objetivando tornar mais amplo o acesso à Justiça e mais célere a prestação jurisdicional”.

É certo que, do disposto no artigo 5º, XXXV, extrai-se o direito de amplo acesso à jurisdição e o conseqüente direito à pronta resposta do juiz às demandas. Ressalte-se, portanto, que o dispositivo previsto no projeto de emenda constitucional declarou o direito já existente à razoável duração do processo e à celeridade de sua tramitação. Não se trata de direito novo, mas de direito já reconhecido pela Constituição e pelas leis e agora declarado, como reforço normativo, em texto específico, assim a afastar os entraves hoje existentes à sua concretização.

A norma declara o direito fundamental de todos à eficiente realização do processo, pelo qual se leva o pedido à cognição judicial ou administrativa: é, assim, *direito ao processo eficiente*, muito além do simples direito ao processo.

A proteção prometida pelo texto em dirige-se “a todos”, expressão que se encontra também no *caput*, incisos XIV, XVI, XXXIII e XXXIV do artigo 5º.

Como parece evidente, a menção a todos não pode ser interpretada no sentido de exclusão da proteção prometida nas situações descritas nos demais dispositivos, não só porque o próprio *caput* do artigo 5º assegura o tratamento igualitário àqueles que se encontram em situação idêntica, como também porque, nas situações descritas em cada dispositivo, todos que se encontrem na incidência da norma merecem igual proteção da Constituição, das leis e do juiz.

O direito à celeridade da decisão nas instâncias judicial e administrativa, portanto, alcança, de forma ampla, pessoas físicas ou naturais, pessoas jurídicas, fundações, entes despersonalizados. Especificamente no processo penal, a garantia volta-se à parte acusada e acusadora.

Observa-se, ainda, que o mandamento constitucional da celeridade na tramitação do processo e de sua razoável duração vai incidir quando se constata, em determinada relação processual, que a realização de seus atos se mostra desarrazoada, conduzindo à ultrapassagem das fases e dos atos que não se mostram essenciais para a descoberta da verdade e para a eficácia da decisão.

Esperamos que esse movimento reformador consiga alcançar os objetivos propostos. Isso porque a lentidão da justiça, não obstante as escassas tentativas do nosso legislador, afeta significativamente o desempenho dos tribunais, sobretudo no nível dos conflitos interindividuais e da criminalidade mais grave.²⁵

Entendemos, por isso, que o direito de acesso ao Judiciário do Ministério Público somente restará plenamente assegurado quando, além de reformas pontuais no sistema processual penal, sejam efetuadas também alterações significativas nas principais características do sistema judicial, especificamente a sua estrutura burocrática e a auto-regulação corporativa.

Com efeito, há processos cuja duração tende a se eternizar nos tribunais. Especialmente casos de processos criminais envolvendo grandes interesses e que têm, por isso, grande repercussão social e política. Em tese, esses casos exigem investigação e instrução especificamente dirigidas a eles.

25 Para ilustrar o quadro, cite-se pesquisa efetuada por Ela Wieko V. de Castilho, especificamente sobre a tramitação de casos envolvendo crimes contra o sistema financeiro nacional (os quais, tendo em vista o perfil dos agentes delituosos, tendem a se estender mais nos tribunais, por uma combinação dos seguintes elementos: desaparecimento e despreparo na apuração e morosidade na instrução criminal por fatores como interposição de recursos, vistas e prazos legais – que se multiplicam quando se trata de criminalidade econômica, em geral praticada pelas empresas), a qual constata que, considerando somente a tramitação perante a 1ª instância, o tempo médio transcorrido entre a data dos fatos e a final sentença do juiz de 1º grau é de oito anos e nove meses (CASTILHO, Ela Wieko V. de. *O controle penal nos crimes contra o sistema financeiro nacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998).

Cite-se, como exemplo, casos ligados ao crime organizado – cujas estruturas atuam de forma articulada com as estruturas legais, algumas oficiais, conferindo-lhe a necessária fachada legal e legitimidade social aos seus membros. Ou processos que dizem respeito ao fenômeno da corrupção, que tem assolado os diferentes aparelhos do Estado – reconhecendo-se que um dos fatores mais potencializadores da corrupção é precisamente o crime organizado e a relação do poder político com o poder econômico, o que aproxima os contextos em que se situa a criminalidade mencionada nos exemplos.

Não raro, em processos desse tipo, o sistema, ao deixar prescrever o crime, confronta-se com o seu próprio limite de inação.

Percebe-se, ainda, a existência de número significativos de processos que, embora apresentem decisão final em primeira instância com relativa celeridade, tendem a “eternizar-se” nos tribunais superiores. Por outro lado, muitas das causas da morosidade desses processos não são específicas de “grandes” processos, tratando-se antes de práticas do sistema suscetíveis de atingir processos sem especial complexidade.

É certo que se mostra necessário definir os limites do tempo do processo. Sendo aparentemente uma medida objetiva, varia, no entanto, de acordo com o ponto de vista dos diferentes interesses em causa. Para a vítima de um crime, o processo terá início a partir do momento em que o crime foi cometido; para a polícia e para o Ministério Público, quando o fato ilícito chega ao seu conhecimento; para o réu, a partir do momento em que o processo começa a correr contra ele; para o tribunal, quando o processo entra na fase de julgamento; etc.

Interessa no nosso estudo o tempo que o sistema leva a decidir a causa que lhe é submetida – diretamente relacionado ao direito constitucional de acesso à prestação jurisdicional. A duração do processo, ou seja, o tempo de sua tramitação, é, assim, medida desde o momento em que é aberta a investigação, isto é, a partir da data do registo da prática do ilícito numa das instâncias de controle oficial, até à última data registada no processo.

Esse tempo pode ser mais curto ou mais longo, dependendo dos diferentes fatores que o influenciaram. Pode ser ainda um tempo legal e processualmente necessário, isto é, um tempo imposto pela lei e pela normal tramitação do processo, condicionado pelos vários recursos sem qualquer funcionalidade dilatatória, mas também pode ser um tempo que incorpora vários tempos de morosidade.

Quanto ao conceito de morosidade, são vários os problemas que se colocam quando se tenta a sua definição. Nesse aspecto, a lei não constitui qualquer auxiliar. Pelo contrário, sempre que se refere a essa questão, o faz de uma forma vaga e imprecisa.

Em geral, a lei (por exemplo, o projeto de emenda constitucional acima citado e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos) refere-se à resolução de uma causa pelos tribunais em “razoável”, mas sem indicar de forma precisa quando se estará a exceder o tempo razoável.

Pode também acontecer estarmos face a uma situação em que, de fato, o “tempo razoável” estará excedido, mas não do ponto de vista do tempo da justiça formal. O que significa que, nesses casos, é a própria lei ou o sistema processual que permite que, de uma forma legal, se ultrapasse o “prazo razoável”.

Por outro lado, nem sempre a morosidade em determinado momento implica necessariamente morosidade em todo o processo. Será assim, por exemplo, quando, apesar da prática com atraso de determinados atos do processo, este continua a ser movimentado com outros atos, sem que se tenha provocado a sua paragem.

Ao contrário da expressão *duração*, *morosidade* é um conceito negativo que denota um *anormal lapso de tempo*. Por outro lado, sendo de várias ordens os fatores ou circunstâncias que contribuem para a dilação anormal do processo, o conceito deverá ser o mais aberto possível.

Para fins de interpretação desse conceito, trazemos de novo à colação o entendimento da Corte Interamericana de Direitos Humanos visto acima, para a qual devem ser levados

em consideração três elementos para a determinação da razoabilidade do prazo de duração do processo, nomeadamente a *complexidade do assunto, atividade processual da parte e a conduta das autoridades judiciais*.

Detalhando esses três elementos, consideramos, assim, que há morosidade sempre que se ultrapasse o tempo legalmente necessário para a prática de determinado ato ou para o decurso de determinada fase; sempre que na tramitação do processo se verifique uma paragem anormal (porque não tem relação com a causa principal ou porque se espera por determinada informação ou diligência) ou o seu andamento aparente; e sempre que não se estando a proteger qualquer direito, em especial o direito de defesa, a sua dilação seja funcionalmente provocada no interesse de uma das partes.

Percebemos que alguns dos fatores de dilação relacionam-se com a *complexidade* das matérias discutidas no processo ou com o exercício de direitos de defesa sem objetivos dilatatórios. São, por isso, necessários. No entanto, apesar da sua necessidade e legitimidade, em muitos casos o quadro processual e judiciário em que são exercidos confere-lhes um caráter mais dilatatório. Ou seja, seria possível simplificar a tramitação processual de muitos dos procedimentos – como ocorre em alguns casos de prazo para vista dos autos.

Ao contrário, muitos dos outros fatores de dilação identificados não só são evitáveis, como alguns deles ultrapassam o quadro legal ou dele fazem um exercício abusivo e funcional – e, por isso, são inconstitucionais. É o caso da prática de atos do processo fora dos prazos legais ou o exercício de um conjunto de expedientes legais com intuítos meramente dilatatórios.

É certo, também, que existe uma forte correlação entre processos de grande duração com aqueles em que se suscitam novas questões jurídicas ou questões mais complexas. De fato, o exercício de direitos e a diferente interpretação das leis processuais e substantivas implicam inevitáveis discordâncias que, não sendo deliberadamente funcionais, provocam dilação na resolução do caso. Pode ainda acontecer que alguma da complexidade do processo pode justamente resultar da sua dilação: torna-se complexo o que à partida não o era. Será, assim, quando a “vida” de um processo foi apanhada pelas muitas reformas legais a motivarem recursos e, eventualmente, decisões jurisprudenciais distintas.

A natureza da criminalidade, em particular nos chamados crimes de colarinho branco, associada ao poder de manipulação do processo por parte de alguns argüidos integrados em redes de proteção e influência, cria múltiplas barreiras à ação da investigação, dificultando a obtenção de provas e contribuindo não só para a dilação do inquérito e do processo, como, em alguns casos, para o seu insucesso.

Outro fator que reconhecidamente mais tem contribuído para os atrasos na justiça é o fato de os procedimentos processuais serem excessivamente burocratizados, formais e complicados. Os seus efeitos dilatatórios são ainda mais perniciosos quando a complexidade e a sofisticação da tramitação diz respeito a incidentes ou questões completamente secundários à causa principal, prolongando desnecessariamente a duração do processo.

Assim se mostram, por exemplo, requerimentos de retificação de simples erros materiais e pedidos de informação, só para citar alguns, que obrigam a uma complexa tramitação.

Observa-se, também, que, infelizmente, em nosso ordenamento a prisão preventiva funciona como fator de celeridade do processo. O que significa que sempre que essa situação está ausente, o processo rotiniza-se, prevalecendo uma tramitação lenta, excessivamente “zelosa” e sofisticada, independentemente do conteúdo dos atos ou das situações em causa.

Uma das causas que podem conferir maior dimensão à dilação processual é o problema da comunicação que atravessa todo o percurso dos processos. É, de fato, um problema endógeno ao sistema globalmente considerado. A forma burocrática como o sistema comunica no seu interior e nas suas relações com outras instituições é largamente responsável pelos atrasos nos processos. A ausência de meios expeditos de comunicação

obriga não só a paragens dos processos, muitas vezes por largos períodos de tempo, como leva a desperdícios significativos de tempo de circulação de ofícios. De fato, a comunicação é feita por ofícios, a que não raro se seguem outros solicitando a informação ou a diligência em atraso, os quais obedecem a um complicado formalismo de saídas, entradas, aberturas de conclusões e despachos.

Essa questão é particularmente importante na fase de inquérito e da instrução que, pelos objetivos que lhes estão subjacentes, deveria ser célere e não ficar condicionada a tempos de espera de respostas a ofícios.

Nesse contexto, merece especial referência o cumprimento de cartas precatórias para várias diligências, incluindo notificações e intimações. Verificamos, nos processos nacionais, cumprimento das cartas precatórias especialmente moroso, com duração média de cumprimento de cerca de 30 dias – que pode se prolongar largos meses.

A ausência de mecanismos de interação e de articulação no funcionamento interno das várias instituições judiciárias e externamente com outras instituições colaboradoras com o sistema judiciário não só provoca dilação nos processos, como gera elevados desperdícios e prejuízos no funcionamento da justiça.

Assim, normas e atos processuais que venham a ofender o direito de acesso a uma prestação jurisdicional em tempo razoável não devem ser acolhidas pelo ordenamento.

Reconhecemos que o problema dos atrasos na justiça é complexo, difícil de resolver com políticas ou medidas isoladas, desde logo, já que a crise da justiça não é um fenômeno isolado, mas antes emerge num quadro de outras crises (crise de emprego, de segurança, de direitos sociais, etc.).

A questão assume, contudo, especial importância no quadro do exercício dos direitos fundamentais e de cidadania, e é reforçada se considerarmos que a lentidão dos processos penais tende a se mostrar maior quando o acusado pertence à classe social dominante, o que afeta ainda mais a sensação de impunidade existente no país.

Por isso, o atraso na realização da justiça constitui, desde logo, uma violação do direito de acesso aos tribunais, onde se inclui o direito a uma proteção jurídica eficaz e em tempo útil, consagrado no ordenamento jurídico brasileiro.

Para a efetivação do direito não basta remover obstáculos, através da vigência de leis que regulem democraticamente direitos e que garantam o acesso e igualdade de todos à justiça; é fundamental dotar o sistema jurídico de instrumentos e recursos que garantam o seu eficaz exercício.

Conclusões

1. Atualmente, a visão doutrinária majoritária assinala ser a ação penal um direito público subjetivo à prestação jurisdicional. Logo, sendo o Ministério Público agente político e parte na relação processual penal, não há como afastarmos do conceito de ação penal como direito subjetivo do Estado-administração.
2. O direito de ação é protegido por cláusula pétrea constitucional, consubstanciada no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição de 1988. Logo, não pode ser afastada da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de lesão a direito.
3. Partindo-se da premissa de que, ocorrendo a prática de uma infração penal, surge para o Estado-administração a pretensão punitiva, e de que essa pretensão deve ser invocada perante o Poder Judiciário, levando a um direito autônomo daquele material (direito de ação) constitucionalmente garantido, não há como admitir-se regras no ordenamento que impeçam de qualquer forma o acesso do Ministério Público à via jurisdicional, por configurarem-se absolutamente inconstitucionais.

4. O artigo 83 da Lei n. 9.430/96 impede que lesão ou ameaça ao direito seja apreciado pelo Poder Judiciário, pois cria verdadeiro obstáculo ao Ministério Público de acessar a Justiça por meio de sua exclusiva (art. 129, I, da Constituição) ação penal pública. A ação penal pública, por ser exclusiva do Ministério Público, não poderia ficar dependente da iniciativa de outros órgãos ou pessoas, salvo em casos nos quais o *interesse pessoal* do sujeito fosse considerado mais relevante pelo Estado do que a exigência de repressão da conduta ilícita.
5. Outra vedação ao acesso do Ministério Público ao Judiciário encontra-se alojada nas hipóteses de anistia dos autores de crimes contra os direitos humanos, praticados durante os períodos de ditadura, existentes nos países da América Latina. A Corte Interamericana de Direitos Humanos tem considerado tais leis violatórias da Convenção Americana de Direitos Humanos, já ratificada pelo Brasil.
6. A lentidão dos processos penais tende a se mostrar maior quando o acusado pertence à classe social dominante, o que afeta ainda mais a sensação de impunidade existente no país. Por isso, o atraso na realização da justiça constitui, desde logo, uma violação do direito de acesso aos tribunais, onde se inclui o direito a uma proteção jurídica eficaz e em tempo útil, consagrado no ordenamento jurídico brasileiro.
7. A lentidão na administração da justiça penal viola o direito da *acusação* a um processo de duração razoável. Tal direito já foi reconhecido pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, que decidiu que existem *parâmetros para firmar a violação de tal direito* (complexidade do assunto, atividade processual do interessado e a conduta das autoridades judiciais), o que impede que haja total arbitrariedade judicial.
8. O amplo acesso aos tribunais implica necessariamente na garantia de um acesso *eficaz* à prestação jurisdicional. Justiça tardia é denegação de justiça: a sentença final deve ser obtida de forma temporalmente adequada. Por esse motivo, a Convenção Americana de Direitos Humanos atribui a toda pessoa, em processos civis, trabalhistas, fiscais ou “*de qualquer outra natureza*”, direito de ser processada “*dentro de um prazo razoável*”.
9. É de se aplaudir o novo inciso do rol do artigo 5º da Constituição, no bojo da chamada “Reforma do Judiciário”, em tramitação no Congresso Nacional desde 1996, que combate a morosidade nos processos e tem a seguinte redação: “LXXVIII – a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação” .
10. O direito de acesso ao Judiciário do Ministério Público somente restará plenamente assegurado quando, além de reformas pontuais no sistema processual penal, sejam efetuadas também alterações significativas nas principais características do sistema judicial, especificamente a sua estrutura burocrática e a auto-regulação corporativa.