XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

ACESSO À JUSTIÇA I

EDINILSON DONISETE MACHADO

Copyright © 2016 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

A174
Acesso à justiça I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UNICURITIBA;
Coordenador: Edinilson Donisete Machado – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-283-5
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito.
1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Congressos. 2. Justiça. I. Congresso Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Curitiba, PR).

CDU: 34

CONPEDI
Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

ACESSO À JUSTIÇA I

Apresentação

O XXV Congresso Nacional do CONPEDI – Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito –, sob o tema "Cidadania e Desenvolvimento Sustentável: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito" realizado em Curitiba-PR entre os dias 07 e 10 de dezembro, promoveu mais uma edição com uma série de inovações criadas por sua diretoria, entre as quais a divisão dos já tradicionais Anais do Evento em vários livros distintos, cada um para um Grupo de Trabalho.

Neste livro encontram-se 18 capítulos resultados de pesquisas desenvolvidas em mais de 10 Programas de Mestrados e Doutorado do Brasil, com artigos selecionados por meio de avaliação por pares, objetivando a melhor qualidade e a imparcialidade na divulgação do conhecimento da área, que resultou na presente obra.

Nessa publicação veiculam-se valorosas contribuições teóricas das mais relevantes inserções na realidade brasileira, com a reflexão trazida, pelos professores, mestres, doutores e acadêmicos de todo o Brasil, na abordagem dos direitos fundamentais e da democracia, com suas implicações na ordem jurídica brasileira.

Assim a divulgação da produção científica socializa o conhecimento, com critérios rígidos de divulgação, oferecendo à sociedade nacional e internacional o papel irradiador do pensamento jurídico, aferido nos vários centros de excelência que contribuíram no presente livro, demonstrando o avanço nos critérios qualitativos do evento.

Por fim, nossos sinceros agradecimentos ao CONPEDI pela honra a que fomos laureados ao coordenar e apresentarmos o presente livro, que possui a marca indelével do esmero, da dedicação e o enfrentamento a todas as dificuldades que demandam uma publicação de qualidade como o presente.

Curitiba, 10 de dezembro de 2016

Organizadores:

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM / UENP

ACESSO À JUSTIÇA PENAL PELO MINISTÉRIO PÚBLICO: A EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS PROCESSUAIS.

ACCESS TO CRIMINAL JUSTICE BY PUBLIC MINISTRY: THE EFFECTIVENESS OF FUNDAMENTAL RIGHTS PROCEDURE

Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro [1]

Resumo

O trabalho tem por escopo, em vista do papel constitucional do Ministério Público, tratar da contribuição a ser dele exigida e a ser posta em prática em prol do acesso, pleno e material, do cidadão à justiça no âmbito penal. A pesquisa é teórico-bibliográfica e se vale do raciocínio lógico-dedutivo para demonstrar que o compromisso do Ministério Público de veicular a pretensão de vítimas do fato-crime ao Poder Judiciário exige, por outro lado, a atitude responsável e intransigente em defesa da decisão mais justa, que respeite os direitos constitucionais processuais do acusado.

Palavras-chave: Acesso à justiça, Ministério público, Atuação funcional, Processo penal, Direitos fundamentais, Pesquisa lógico-dedutiva

Abstract/Resumen/Résumé

The work aims, in view of the constitutional role of the Public Prosecution, address the contribution to be required of it and to be implemented in favor of access, and full material, the citizen to justice in criminal matters. The research is theoretical and literature and uses the logical-deductive reasoning to demonstrate the commitment of the prosecution of relaying victims claim the fact-crime to the Judiciary requires, on the other hand, responsible and uncompromising attitude in defense of the decision more fair, which respects the procedural constitutional rights of the accused.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Access to justice, Public ministry, Functional performance, Criminal proceedings, Fundamental rights, Logical-deductive research

[1] Doutor e Mestre em Ciências Penais pela UFMG. Professor do Curso de Mestrado em Direito Ambiental da ESDHC. Promotor de Justiça em Belo Horizonte/MG.

1 INTRODUÇÃO

Numa síntese institucional evolutiva, o Ministério Público ganhou força com a democratização dos regimes, alcançando sua plenitude com as Constituições da segunda metade do século passado em diante. Isso porque ele nasceu, numa análise que leva em conta a sua conformação próxima à atual, como fruto de um processo de revisão crítica do exercício do poder, em prol de interesses voltados à declaração e efetivação dos direitos fundamentais em prejuízo de práticas arbitrárias, características de um autoritarismo que traz consigo a necessidade da afirmação, a todo custo, do próprio poder.

Nesse contexto, possui o Ministério Público um papel decisivo, principalmente em procedimentos nos quais se busca a punição dos responsáveis pela prática de um fato-crime. Isso porque uma sua atuação altiva deve conduzir à apuração e efetivação de responsabilidades e, em igual medida, ao respeito à Ordem constitucional e aos direitos da pessoa investigada ou processada, de tal forma que se desigualdade houver entre acusação e defesa no curso do procedimento, ela deve ser marcada unicamente pela intensidade da culpa do agente.

Em vista da atribuição privativa, prevista no artigo 129, I, da Constituição Federal de 1988, do exercício da ação penal pública, o Ministério Público é hoje o portador da entrega das expectativas das vítimas de crime ao Poder Judiciário, sendo ele o principal, quando não o único, meio de acesso delas à jurisdição. Isso porque as formas processuais hoje consagradas alijam as vítimas da relação processual a ser estabelecida no âmbito penal e entregam a função privativa de demandar, no interesse delas, ao Ministério Público.

Todavia, o canal de acesso à justiça pelo Ministério Público não o desobriga de zelar, quando demanda já houver proposta, pela lisura do processo e pela conformação ética de suas atitudes ao que constitucionalmente se lhe acredita.

A exposição, que terá como principal foco o acesso à justiça penal em razão da atuação do Ministério Público, não prescindirá, num primeiro momento, de tratativas acerca do agir ético do órgão de execução do Ministério Público como imperativo para o alcance da efetivação dos direitos fundamentais dos envolvidos no âmbito da relação processual penal. Em seguida, a abordagem recai sobre a relação da conduta ministerial com o direito fundamental de acesso à justiça, de forma a que se possa reconhecer que promotores e procuradores de justiça detêm a

grande responsabilidade de colocar em prática o exercício de um verdadeiro ministério público, em prol da defesa de interesses supremos, consagrados constitucionalmente.

A pesquisa, que é teórico-bibliográfica, porquanto explorados aspectos doutrinários correspondentes ao tema, possui raciocínio lógico-dedutivo no qual estabelecido foi, como tese, o papel constitucional do Ministério Público de promotor da ação penal pública e zelador dos direitos assegurados na Constituição ao cidadão (artigo 129, II, CF). Como antítese, tem-se o fato de que a vítima não possui, em vista do sistema processual penal instituído pelo Código de Processo Penal, poder postulatório no processo penal quando a ação é pública e, como síntese, a necessidade de o Ministério Público promover o efetivo acesso das vítimas ao Poder Judiciário, sem prejuízo de zelar para que na, apuração da culpa, apenas a intensidade dela seja o norte a lastrear a decisão a ser proferida.

Acerca da pergunta-problema sobre a importância do papel propulsor do Ministério Público como deflagrador de acesso à justiça, tem-se, portanto, por hipótese, que ele tem por dever proporcionar o efetivo acesso à justiça penal, sem prejuízo de zelar pela lisura da demanda que deflagrar.

2 A CONFORMAÇÃO CONSTITUCIONAL DO PROCESSO

Como constitutiva da ordem jurídica, a Constituição Federal estabelece que o procedimento formador dos atos cogentes deve ser aquele previsto em lei, desenvolvido mediante contraditório e ampla defesa, perante órgãos oficiais que detêm funções definidas. Essa matriz garantista reconhece no acusado um sujeito de direitos e atribui ao processo – e, em consequência, aos sujeitos processuais – a tarefa de construção de uma verdade nele sedimentada, revelada por uma decisão que consagre a dignidade da pessoa humana.

Acerca de sua conformação hodierna,

> a ciência do processo penal brasileiro inicia o século XXI com pelo menos uma grande pretensão de certeza: a de que não é mais possível empreender qualquer pesquisa dogmática apartada do referencial constitucional. Aliás, mesmo no plano exclusivamente teórico, afastado de um específico sistema normativo, toda investigação que se queira fazer ao nível de uma teoria processual estará fadada, não ao insucesso de seus resultados possíveis, mas ao inevitável questionamento acerca da pertinência de seus propósitos, quando não inserida em determinado ordenamento constitucional. E isso se dá menos pela eventual incapacidade de rendimento da proposição que pela

> possibilidade de afastamento *a priori* – na Constituição – de suas consequências. (OLIVEIRA, 2004, p. 1)

O devido processo constitucional-penal representa uma garantia de confecção das sentenças pelo produto do amplo diálogo desenvolvido entre as partes, em condições de isonomia. Busca-se uma decisão participada, conforme o princípio democrático que apregoa a exteriorização dos sentimentos das formas mais variadas possíveis segundo regras legítimas, previstas na Constituição Federal.

A aplicação do direito penal nos moldes constitucionais deve traduzir o escopo jurídico-garantístico do procedimento, de forma a que seja consagrada a melhor proteção ao bem jurídico penalmente tutelado, sem prejuízo dos direitos básicos do cidadão processado. A toda imputação certa e delimitada, deve corresponder uma defesa, que tenha vez e voz, de forma a que o processo seja efetivamente o celeiro democrático de manifestação do poder punitivo do Estado, sem prejuízo da materialização de direitos e garantias da pessoa acusada.

Eis aí a responsabilidade do órgão que tem por missão veicular o interesse do titular do bem jurídico penalmente ofendido e, ao mesmo tempo, zelar para que o processo desenvolva segundo a matriz constitucional de respeito à pessoa do acusado, o que será objeto de abordagem no tópico seguinte.

3 MINISTÉRIO PÚBLICO: A DEFESA DA ATUAÇÃO ÉTICA NO SISTEMA ACUSATÓRIO DE PERSECUÇÃO PENAL

O Ministério Público restou enfraquecido como Instituição enquanto vividas ditaduras militares que o subordinavam aos demais Poderes do Estado e não conferiam aos seus membros a necessária autonomia de atuação. Com a democratização dos regimes, no entanto, o Ministério Público apresentou considerável avanço, sendo-lhe atribuído o exercício da ação penal pública, a mesma que, no sistema inquisitório, era promovida e processada pelo juiz sentenciante. A mudança representou, pois, um divórcio entre acusador e julgador.

Contudo, a Constituição também o incumbiu de uma tarefa não menos nobre e árdua: a de zelar pela lisura do procedimento persecutório conforme as regras do devido processo penal.

Preceitua o art. 127, *caput*, da Constituição Federal de 1988 que o Ministério Público "é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da

ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis". Observa-se, pois, que, constitucionalmente, o Ministério Público ficou responsável pela defesa da legalidade democrática. Não obstante seja ele o promotor da ação penal pública (art. 129, I), foi incumbido de zelar pelos interesses indisponíveis (arts. 127 e 129, II), dentre os quais os do investigado e acusado.

Discorre Anderson Oliveira (2002) que

> a função de órgão acusador não é uma função isolada de todas as demais. O disposto no art. 129, I, está subordinado ao título IV do capítulo IV da Constituição Federal, e, principalmente, ao artigo 127. A função acusatória é, portanto, uma função de garantia dos direitos fundamentais, principalmente a vida, a liberdade, a dignidade humana, a segurança e, para fins processuais, o direito de ser ouvido, de desdizer, de apresentar sua versão e de recorrer (art. 5, LV CF), ou seja, o devido processo legal. (OLIVEIRA, 2002, p. 128)

Em consequência, o Ministério Público, embora seja parte no processo e contribua para que o juiz fique afastado da promoção da acusação, deve cuidar para que a batalha travada entre o *jus libertatis* do acusado e o *jus puniendi estatal* seja justa e limpa. Isso mediante um procedimento no qual exista a plena participação defensiva, em contraditório, com igualdade de armas e oportunidades com a parte acusadora. Eis a razão pela qual alguns doutrinadores apregoam que o Ministério Público, no processo penal, é parte imparcial.[1]

Contudo, a ideia de parte imparcial é paradoxal e equivaleria ao que se chamou ser a "quadratura do círculo", ou a redução do círculo a um quadrado (CARNELUTTI, 1950). Na verdade, o Ministério Público atua no processo como uma parte oficial, acusadora, e como tal é sujeito do contraditório. Não é, contudo, uma parte a quem deva interessar uma condenação a qualquer preço, mas uma condenação necessária e justa, antecedida de um processo limpo, constituído e desenvolvido segundo bases garantistas constitucionais[2]. Seu interesse não se

[1] Diante dessa concepção de atuação ministerial, Tucci chama a atenção para a existência de uma corrente que entende ser a jurisdição penal uma espécie de jurisdição voluntária uma vez que nela haveria apenas um interesse em jogo, o do acusado. (TUCCI, 2003, p. 46).

[2] Reconhece-se a existência de respeitáveis opiniões no sentido de que o Ministério Público no processo não assume o papel de parte, mesmo porque pode ser arguida sua suspeição. Sérgio Luiz Souza Araújo, citando autores que comungam desse entendimento e apoiado nas lições de Fernando da Costa Tourinho Filho, sustenta que juiz e promotor realizam missão idêntica e buscam na decisão final a redenção dos valores jurídicos que presidem a Justiça. (ARAÚJO, 1999, p. 221). O sedutor entendimento, no entanto, parece incompatível com a posição de sujeito do contraditório que o Ministério Público detém no processo penal.

confunde com o do acusado. Este mira a absolvição, uma menor pena ou uma condição que melhor lhe assegure o direito de liberdade, independentemente de que seja justa ou não a decisão.

Já se disse, sabiamente, que o pedido de condenação quando prova houver, ou o pedido de absolvição ante a ausência de prova ou a presença de uma dúvida insuperável, não faz do Ministério Público um órgão imparcial, senão um órgão que, verdadeiramente acusador, deve zelar pela legalidade (LOPES JÚNIOR, 2014).

Não se trata, contudo, de um defensor de qualquer lei. É preciso romper com conceitos tradicionais que colocavam a Instituição como curadora intransigente do legalismo, sob o aspecto meramente formal. O modelo acusatório não compactua com uma atuação inútil de mero fiscalizador do cumprimento da regra jurídica. O Ministério Público deve hoje perquirir o conteúdo e a origem das normas, valendo-se de critérios axiológicos que o façam aferir se elas realmente revelam ideais democráticos, em consonância com a ordem constitucional em que se encontram inseridas. Ao Ministério Público não é dado ignorar que o nosso sistema não é hermético e prenhe de contradições que demandam uma orientação no sentido de aplicação da melhor norma, caso a caso.[3]

A soberania da norma constitucional deve ser defendida, assim como o exercício do poder para o fim de consagrar o pluralismo ideológico e a dignidade da pessoa humana.

No processo penal, a atuação ministerial é uma garantia de imparcialidade do órgão julgador. A consagração da titularidade da ação penal pública a um órgão dotado de garantias, as mesmas dos membros do Poder Judiciário, faz com que o Estado-Juiz fique desincumbido de promover a acusação e buscar a prova de ofício. Todavia, a responsabilidade deve nortear o membro do Ministério Público, que tem por obrigação valorizar o processo, exercendo a ação

---

[3] Marcelo Campos Gallupo, no sentido do texto, revela que vivemos hoje um novo paradigma, pós-positivista, que vai além de uma mera proposição positivista de se reduzir a realidade jurídica a um sistema que pressuponha "uma harmonia no processo de produção do direito e, sobretudo, a existência de um único projeto para a sociedade, administrado por uma única fonte emanadora de regras (jurídicas ou políticas ou ainda econômicas). O direito não é harmônico, sendo antes o produto de uma sociedade plural e mesmo conflitante que crê ser possível convivermos. Sabemos que, ao contrário dessa visão ilídica, o ordenamento jurídico positivo é, em si mesmo, prenhe de contradições, que refletem as contradições entre os vários projetos de vida de uma sociedade plural. Por isso, um sistema que busque uma *reductio ad unum* é impossível. No lugar do pensamento sistemático, o Pós-Positivismo coloca o pensamento problemático. O pensamento problemático entende que o conhecimento jurídico se faz a partir de casos concretos. Enquanto o pensamento sistemático do Positivismo parte de normas em direção ao caso, o Pós-Positivismo inverte a lógica da argumentação, fazendo partir a solução do caso concreto em direção a normas adequadas a serem aplicadas [...]. O Pós-Positivismo pressupõe que, apenas com a atividade do legislador, o sentido das normas jurídicas é incompleto: o aplicador deve realizar um juízo de adequabilidade da norma ao caso concreto, verificando se as condições de aplicação de uma determinada norma se dão no caso concreto", em prol da efetividade dos direitos fundamentais. (GALUPPO, 2005, p. 202-205)

penal somente quando cabível. É preciso evitar a inflação processual e, assim, a banalização da instância.

Figueiredo Dias, sobre o papel do Ministério Público em sua veste atual, diz que é por meio dele

> que se logra obter: a separação entre a entidade que há-de presidir à instrução preparatória e à acusação e aquela a quem há-de caber a decisão, e com a qual se visa conseguir a necessária objectividade e imparcialidade do julgamento; a possibilidade de uma instrução em julgamento liberta de quaisquer prejuízos; que os tribunais não se vejam assoberbados com uma multidão de processos penais baseados numa suspeita demasiado frágil para fazer esperar que o argüido venha a ser condenado; e finalmente que a acusação, determinando a vinculação temática do juiz pela exacta delimitação dos seus poderes cognitivos e da extensão do caso julgado, represente uma importante garantia de defesa do argüido e dos seus direitos fundamentais. (DIAS, 2004, p. 362)

Se o sistema acusatório é aquele que consagra uma nítida separação entre acusador e julgador, o Ministério Público, como órgão autônomo instituído de promoção da ação penal, é, em grande parte, responsável pela consolidação do sistema. Disso decorre a obrigação de defender os seus postulados, dentre os quais o combate à impunidade, sem prejuízo da dignidade do acusado.

Em consequência, o membro do Ministério Público deve tomar todas as precauções na busca de uma verdade mais próxima da histórica, para que a norma penal incida somente nas hipóteses em que ocorra uma infração penal que mereça a devida retribuição.

Mas não é só. O promotor ou procurador de justiça tem também por obrigação formular uma acusação certa, delimitada, clara, isenta de dúvidas. Ela deve ser precisa e encontrar amparo nos elementos informativos colhidos na fase investigatória, para que a defesa tenha condições de contestá-la.

Assim agindo, o Ministério Público não apenas estará resguardando a lisura da persecução penal, mas, acima de tudo, assumindo uma postura de órgão a quem não interessa uma condenação, mas a punição, segundo critérios constitucionais, de um culpado pela prática de infração penal.

Em síntese,

> a acusação contestada deve ser formulada em termos unívocos e precisos, idôneos para denotar exatamente o fato atribuído e a vincular a ele, contra a indeterminação do antigo processo inquisitório, o objeto do juízo e da sentença que o conclui. Em segundo lugar, ela deve ser apoiada em indícios adequados de culpabilidade: de fato, a acusação, como

> diz Carrara, se é um 'teorema' para o acusador, é um 'problema' para todos os outros, e se justifica, portanto, se não com a prova, necessária para a condenação, muito menos com a 'probabilidade' da culpabilidade do acusado. Em terceiro lugar, deve ser completa, isto é, integrada pela contestação de todos os indícios que a justificam, de modo que o imputado seja posto em condição de refutá-los e nada lhe seja ocultado do que se prepara para seu prejuízo e do que se faz e se fará para robustecer o preconceito da sua culpabilidade e demolir a presunção de inocência que sempre o assiste. (FERRAJOLI, 2014, p. 558-559)

Deduzida a acusação, ao Ministério Público compete, responsavelmente, a sua representação na fase instrutória do processo; não em busca de uma condenação leviana, mas da realização do justo, em cumprimento de dever constitucional.[4]

Por isso, há que se chamar atenção para a conduta daqueles que postulam a condenação a todo custo, e muitos, infelizmente, ainda são eles. O promotor de justiça que assim age tudo será, menos promotor de justiça, na mais pura acepção de "Justiça".

4 MINISTÉRIO PÚBLICO E ACESSO À JUSTIÇA

A promoção da ação penal pública por um órgão estatal próprio, segundo critérios legais, é hoje observada em quase todos os ordenamentos. Isso não ocorre sem motivos. A sociedade democrática revela que a busca do justo é afirmação de cidadania, o que pressupõe a garantia de plena acessibilidade ao Judiciário, sem qualquer óbice capaz de inviabilizar a reparação de lesão ou ameaça de lesão a direito ou garantia.

Em obra específica, Mauro Cappelletti e Bryant Garth revelam que o acesso à justiça é uma questão tormentosa para as sociedades modernas, a começar pela própria definição do que vem a ser esse acesso e como torná-lo eficiente. Advertem, contudo, que sua compreensão é determinante para o conhecimento das finalidades do sistema jurídico. Em suas palavras, ainda na introdução do trabalho,

---

[4] Nesse sentido: "Interessando à comunidade jurídica não só a punição de todos os culpados, mas também – e sobretudo, dentro de um verdadeiro Estado-de-direito – a punição só dos que sejam culpados, segue-se daí que ao MP, como órgão de administração da justiça, há-de competir trazer à luz não só tudo aquilo que possa demonstrar a culpa do argüido, mas também todos os indícios da sua inocência ou da sua menor culpa. E não será descabido apontar certas vantagens práticas que do princípio da objectividade resultam, nomeadamente a do muito menor número de processos penais infundados ou mal fundados com que, desta forma, os tribunais terão de se ocupar" (DIAS, 2004, p. 369). *De ahí que el Ministerio Fiscal cumple la función que le es propria tanto cuando sostiene la acusación de un posible culpable, como al solicitar la absolución para un inocente*. (CEREZO, A. Calderón; MONTALVO, J. A. Choclán, 2005, p. 106)

> a expressão ‘acesso à justiça’ é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico – o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos. Nosso enfoque, aqui, será primordialmente sobre o primeiro aspecto, mas não poderemos perder de vista o segundo. Sem duvida, uma premissa básica será de que a justiça social, tal como desejada por nossas sociedades modernas, pressupõe o acesso efetivo. (CAPPELLETTI; GARTH, 2002, p. 8)

Sem sombra de dúvida, uma sociedade é mais democrática quanto mais escancaradas estiverem as portas do Poder Judiciário para a solução dos litígios. Nesse contexto, a institucionalização do Ministério Público como promotor da ação penal pública ganha peculiar importância, já que é de sua responsabilidade a provocação do Estado-Juiz em razão de uma perturbação social oriunda da prática de um fato-crime.

É preciso ter ciência de que a processualização do poder-dever de punir representa não apenas o interesse do infrator de que a pena somente lhe será aplicada após o devido processo, mas também uma garantia para a vítima, e para a própria sociedade, de que o Estado não pode simplesmente ignorar a prática de uma infração penal.

Como órgão incumbido da provocação do Estado-Juiz, o Ministério Público assume, assim, a especial responsabilidade de encaminhar a acusação, veiculando processualmente o interesse do titular do bem jurídico ofendido.[5] Evita-se, dessa forma, a busca do direito pelas próprias mãos, o que caracteriza o estado de barbárie, e ainda garante-se, mesmo aos mais fracos economicamente, o acesso ao Judiciário, de forma a tornar efetiva a disposição do art. 5º, XXXV, da Constituição Federal.[6] Afinal, as pessoas precisam de mais e bons caminhos para alcançar a justiça, mesmo porque tais caminhos são caros[7] e, por vezes, ante aos ônus e a inacessibilidade, acabam pela resolução extraestatal, como se vários “Pasárgadas”, nos dizeres de Boaventura de Sousa Santos (1977), fossem oficializados[8].

---

[5] Essa atribuição ministerial consistente no dever de acesso ao Judiciário exterioriza, no campo penal, nada menos do que o próprio direito de petição, para defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder, o que é previsto no art. 5º, XXXIV, “a”, da Constituição Federal.

[6] Dispõe o referido dispositivo: “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

[7] “They need 'paths to justice'. Walking these paths is costly” (BARENDRECHT; MULDER; GIESEN, 2006, *online*).

[8] Resultado de pesquisa empírica mundialmente conhecida e que foi realizada por Boaventura de Sousa Santos na comunidade do Jacarezinho, Rio de Janeiro. No estudo, o autor revelou a existência de “resoluções de justiça” à margem do próprio Estado, verificando-se, no “sistema” por ele denominado “direito de Pasárgada” apenas para a não identificação do local, a dificuldade da comunidade em aceder ao sistema de Justiça oficial. (SANTOS, 1977).

O Ministério Público, nesse contexto, tem por dever institucional aproximar os direitos formalmente concedidos das práticas sociais que impunemente os violam. Afinal,

> as vítimas de tais práticas, longe de se limitarem a chorar na exclusão, cada vez mais reclamam, individual e colectivamente, serem ouvidos e organizam-se para resistir contra a impunidade. A frustração sistemática das expectativas democráticas pode levar à desistência da democracia e, com isso, à desistência da crença no papel do direito na construção da democracia. (SANTOS, 2007, p. 10)

Uma sociedade democrática não se deve contentar apenas em declarar direitos e assegurar garantias; ela pressupõe, também, que o cidadão saiba como se comportar quando tem um direito seu violado ou ameaçado. Isso, em grande parte, aumenta a responsabilidade do Ministério Público, que deve agir, segundo critérios legais, em todo e qualquer caso em que ocorra um fato-crime.

Mas não basta apenas agir, é preciso agir bem e rapidamente[9]. Isso porque o Ministério Público como órgão agente deve contar com a confiança da população para que esta se abstenha de procurar, por si, o seu direito ou de abandoná-lo por não acreditar em sua efetividade.

E esse compromisso de agir é reclamado por uma sociedade que vê na Constituição um celeiro de direitos e no acesso à Justiça uma conquista para a reinvidicação de direitos e as justas aspirações a serem incluídas no contrato social. Não é dado ignorar que é ampla a gama de cidadãos que vêem todos os dias a exclusão social, um

> fascismo que não é criado directamente pelo Estado. É criado por um sistema social muito injusto e muito iníquo que deixa os cidadãos mais vulneráveis, pretensamente autônomos, à mercê de violências, extremismos, e arbitrariedades por parte de agentes econômicos e sociais muito poderosos. (SANTOS, 2007, p. 29-30)

Vinculado ao princípio da obrigatoriedade, o promotor de justiça deve proceder ao exercício da ação penal caso se encontrem presentes elementos informativos de autoria e materialidade delitiva. Sua atuação submete-se à lei, marca característica do Estado de Direito e do sistema acusatório por ele agasalhado. Trata-se, em ultima instância, do próprio princípio da legalidade.

---

[9] Não se trata de uma celeridade que seja um fim em si mesma ou capaz de gerar um mal serviço, mas sim aquela que, no tempo próprio, atenda aos anseios da sociedade.

Figueiredo Dias (2004), sobre a regência do princípio da legalidade, evidencia que motivos de ordem puramente política e influências externas poderiam guiar a atuação do promotor caso lhe fosse conferida a possibilidade de apreciar a conveniência ou não de sua atuação.[10] O Ministério Público deve agir, preservando sua identidade e confiabilidade de suspeitas e tentações de arbítrio, não podendo abrir mão de um direito de punir que não é dele, mas do Estado.

Essa obrigatoriedade não desconfigura, contudo, a concepção da ação como direito subjetivo, pois obrigatório é, na verdade, o exercício do direito pelo Ministério Público, que se submete à Constituição. A existência do dever para o exercício do direito está ligado apenas à natureza indisponível do interesse tutelado pela norma, o que não afeta o conceito de ação. Nesse sentido,

> 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. (JARDIM, 2010, p. 35)

No entanto, como garantia do cidadão de que a provocação do Poder Judiciário pelo Ministério Público seja efetiva quando praticados delitos para os quais é prevista a ação penal pública, é preciso que a atividade do promotor de justiça não esteja condicionada a qualquer poder ou regra que de alguma forma embarace o seu acesso à via jurisdicional. Afinal, a garantia do acesso é extraída de norma constitucional que estabelece a inafastabilidade do controle jurisdicional – art. 5º, XXXV – e visa tutelar direitos por ação do Ministério Público na órbita penal – art. 129, I.

Razão assiste, portanto, a Denise Neves Abade (2005) que entende serem inconstitucionais, exatamente por obstruírem esse amplo acesso à justiça pelo Ministério Público,

[10] Segundo o autor, "a consagração do princípio da legalidade é, em princípio e face ao que fica dito, de aplaudir; ela preserva um dos fundamentos essenciais do Estado-de-direito, enquanto põe a justiça penal a coberto de suspeitas e tentações de parcialidade e arbítrio. Se fosse possível aos órgãos públicos encarregados do procedimento penal apreciar da 'conveniência' do seu exercício e omiti-lo por 'inoportuno', avolumar-se-ia o perigo do aparecimento de influências externas, da ordem mais diversa, na administração da justiça penal e, mesmo quando tais influências não lograssem impor-se, o perigo de diminuir (ou desaparecer) a confiança da comunidade na incondicional objectividade daquela administração". (DIAS, 2004, p. 128)

dispositivos contidos em leis não-codificadas, dentre os quais os arts. 83 da Lei n. 9.430/96,[11] 34 da Lei n. 9.249/95[12] e 15 da Lei n. 9.964/2000.[13]

No tocante aos direitos humanos, o acesso à justiça penal por órgão oficial do Estado, embora preserve o acusado de uma pena arbitrária sem um processo movido pela autoridade competente,[14] reveste-se de especial importância quanto à impunidade. Se o direito de punir pertence ao Estado-Administração,[15] ao Ministério Público, a quem foi delegado esse direito, compete agir com firmeza e altivez, pena de serem feridos impunemente direitos humanos, o que era corrente no sistema inquisitório.[16]

---

[11] Dispõe o artigo: "A representação fiscal para fins penais relativa aos crimes contra a ordem tributária definidos nos arts. 1º e 2º da Lei n. 8.137, de 27 de dezembro de 1990, será encaminhada ao Ministério Público após proferida a decisão final, na esfera administrativa, sobre a exigência fiscal do crédito tributário correspondente". O artigo constitui um impedimento para que, de imediato, seja comunicada ao Ministério Público a ocorrência de crimes contra a ordem tributária. Dessa forma, o artigo acabou condicionando o exercício da ação penal pública pelo Ministério Público nos crimes em que a conduta do agente versar sobre supressão ou redução de tributo ou contribuição social.

[12] Dispõe o artigo: "Extingue-se a punibilidade dos crimes definidos na Lei n. 8137, de 27 de dezembro de 1990, e na Lei n. 4.729, de 14 de julho de 1965, quando o agente promover o pagamento do tributo ou contribuição social, inclusive acessórios, antes do recebimento da denúncia". O artigo cria privilégios para o fisco que se utiliza da ação penal apenas para coagir o recebimento do crédito tributário sonegado pelo agente.

[13] "É suspensa a pretensão punitiva do Estado, referente aos crimes previstos nos arts. 1º e 2º da Lei n. 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e no art. 95 da Lei n. 8.212, de 24 de julho de 1991, durante o período em que a pessoa jurídica relacionada com o agente dos aludidos crimes estiver incluída no REFIS, desde que a inclusão no referido Programa tenha ocorrido antes do recebimento da denúncia criminal". Observa-se que a conduta criminosa é secundária em relação ao recebimento do crédito tributário.

[14] O art. 5º, LIII, da Constituição Federal de 1988, estabelece que ninguém será processado senão pela autoridade competente.

[15] Como assevera Frederico Marques, o direito de punir não pertence ao Estado-Juiz, mas ao Estado-Administração. Segundo o autor, "cabendo ao Estado-Administração a tutela penal e o exercício do direito de punir, a seus órgãos é que a lei confere o exercício da pretensão punitiva. Da administração, portanto, é a titularidade da pretensão punitiva. Esta, segundo bem o disse Calamandrei, é pretensão administrativa, mas despida de auto-executoriedade (ao reverso do que se dá com as outras pretensões administrativas), em razão do princípio do *nulla poena sine iudicio*. Portanto, para que a tutela penal e a pretensão punitiva possam ser exercidas, há órgãos estatais da Justiça Penal destinados a preparar a ação penal, a impulsionar a *persecutio criminis* e a participar dos procedimentos preliminares que compõem esta; e após a condenação do autor do crime, os órgãos destinados à execução penal. Funções se repartem, portanto, na Justiça Penal, entre os seus órgãos administrativos, para preparar-se a ação penal e fazer efetiva e concreta a pretensão de punir. Todavia, como a atividade preparatória da *persecutio criminis* vai levar à propositura da ação penal, com o pedido de julgamento favorável da pretensão punitiva por meio da acusação; e como o titular da ação penal é o Ministério Público, dúvida não há de que, ao formular a acusação, esse órgão está agindo como titular, também, da pretensão punitiva. A afirmativa de Giuliano Vassali e outros, de que o juiz penal é órgão do direito de punir e da pretensão punitiva, não tem o menor fundamento e não pode, por isso, ser aceita. (MARQUES, 1980, p. 63-64).

[16] No âmbito do direito internacional, estabeleceu a Corte Interamericana de Direitos Humanos: *El Estado está en el deber jurídico de prevenir, razonablemente, las violaciones de los derechos humanos, de investigar seriamente con los medios a su alcance las violaciones que se hayan fin de identificar a los responsables, de imponerles las sanciones pertinentes y de asegurar a la víctima una adecuada reparación* [Caso Velásquez Rodriguez, sentença de 29 de julho de 1988, San José: Secretaría de la Corte, 1988, p. 71, par. 174. (RAMOS, 2000, p. 257-258). No mesmo sentido, a Conferência Mundial dos Direitos Humanos de Viena confiou aos Estados "a revogação da legislação

A tarefa é, pois, árdua: o acesso à justiça por intermédio do Ministério Público deve atender aos anseios de ricos e pobres, brancos e negros.[17] Ao Estado-Administração compete processar no interesse do lesado e do próprio agente. Afinal,

> fiel à estrutura acusatória do nosso processo penal, o Ministério Público atua inicialmente como órgão acusador do Estado, submisso ao princípio da obrigatoriedade do exercício da ação penal pública. Ao depois, diante da prova produzida, deve pugnar livremente pela correta aplicação da lei ao caso concreto, funcionando como *custos legis*, já que o Estado não tem qualquer interesse de ver acolhida uma pretensão punitiva que se demonstre como injusta, seja na sua essência, seja na sua quantidade. (JARDIM, 2010, p. 26-27)

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante da conformação constitucional do processo penal que pressupõe a exteriorização da pretensão punitiva de forma clara e por órgão constitucionalmente investido de atribuição, sem prejuízo de regras que assegurem a dignidade da pessoa humana do acusado, nasce para o Ministério Público a responsabilidade de, enquanto instituição democrática e que detém o *dominus litis*, servir à população. Sua conduta ética deve proporcionar às vítimas o sentimento de engajamento social, uma vez que, partícipes do contrato social, elas não devem assumir os ônus de, impunemente, verem seus direitos violados. Contudo, também compete ao Ministério Público a busca por decisões justas, as mesmas que, se refletirem a culpa do agente, tenham sido produto de um procedimento digno, condizente com o arsenal de direitos declarados e garantias asseguradas constitucionalmente.

Parafraseando Afrânio Silva Jardim (2010), o Ministério Público é o "ovo de Colombo" do processo penal acusatório. A ele compete viabilizar, como órgão estatal distinto do julgador, a pretensão punitiva estatal, sem prejuízo da defesa do processo justo, aquele mesmo que deve

---

permitindo a impunidade dos responsáveis por violações graves dos direitos humanos [...] e a perseguição penal dessas violações". (AMBOS, 2004, p. 55)

[17] A atuação ministerial deve buscar uma igualdade substancial e proporcionar indistintamente a qualquer cidadão o direito a ver provocado o Judiciário diante de um interesse seu violado. A propósito da igualdade apenas formal existente no direito brasileiro, dispõe Eduardo Ribeiro de Oliveira, ironizando: "Cumpre, prosseguindo a caminhada, atender ao grande reclamo de hoje que é o acesso à Justiça. A propósito da dificuldade para isso, observou um jurista americano: 'Justice is open to all, like the Ritz Hotel'. A ninguém é proibido ingressar na Justiça, assim como todos os paulistas podem hospedar-se no Hotel Maksoud, Lei alguma o proíbe". (OLIVEIRA, 1993, p. 181)

consagrar a ampla gama de direitos e garantias previstos aos acusados em geral na Constituição Federal.

Em resposta à pergunta sobre o papel do Ministério Público em prol do acesso à justiça, diz-se que o cumprimento constitucional de suas atribuições deve conduzir ao pleno e irrestrito acesso dos jurisdicionados ao Poder Judiciário, seja rico, pobre, mestiço, branco, pardo ou negro. Contudo, não basta o acesso, pois é necessário que, nos parâmetros constitucionais de amplas e plenas garantias fundamentais no âmbito do processo, esteja o Ministério Público atento e apto a lutar para que a decisão a ser proferida seja construída em bases democráticas, à luz dos princípios constitucionais regentes.

Eis a importância do Ministério Público e de seu trabalho altivo para a efetivação dos direitos fundamentais em vista da proposta congressual do papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

ABADE, Denise Neves. **Garantias do processo penal acusatório**: o novo papel do Ministério Público no processo penal de partes. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

AMBOS, Kai. Impunidade por violação dos direitos humanos e o direito penal internacional. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 49, p. 48-88, jul./ago. 2004.

ARAÚJO, Sérgio Luiz Souza. **Teoria geral do processo penal**. Belo Horizonte: Mandamentos, 1999.

BARENDRECHT, Maurits; MULDER, José; GIESEN, Ivo. **How to measure the price and quality of access to justice?** Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=949209. Acesso em: 28 jul. 2016.

BRASIL. **Atlas de acesso à justiça**: indicadores nacionais de acesso à justiça. 2014. Disponível em: http://www.acessoajustica.gov.br/pub/_downloads/caderno_inaj_2014.pdf. Acesso em: 29 jul. 2016.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 2002.

CARNELUTTI, Francesco. **Lecciones sobre el proceso penal**. Tradução para o espanhol de Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Bosch, 1950. v. 2.

CEREZO, A. Calderón; MONTALVO, J.A. Choclán. **Derecho procesal penal.** 2. ed. Madrid: Dikinson, 2005.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito processual penal**. Reimp. da 1. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 4. ed. Tradução de Ana Paula Zomer *et al*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

GALUPPO, Marcelo Campos. A epistemologia jurídica entre o positivismo e o pós-positivismo. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, n. 3, p. 195-2006, 2005.

GARCIA, Denise Schimitt Siqueira. Dimensão econômica da sustentabilidade: uma análise com base na economia verde e a teoria do decrescimento. **Revista Veredas do Direito**. Belo Horizonte: Dom Helder Câmara, v. 13, n. 25, p. 133-153, jan./abr. 2016.

JARDIM, Afrânio Silva. **Ação penal pública**: princípio da obrigatoriedade. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

LOPES JÚNIOR, Aury Celso. **Sistemas de investigação preliminar no processo penal**. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

MARQUES, José Frederico. **Tratado de direito processual penal**. São Paulo: Saraiva, 1980. v. 2.

OLIVEIRA, Anderson Lodetti de. Ministério Público e processo acusatório: por uma ética constitucionalista no processo penal. **Sequência:** estudos jurídicos e políticos, Florianópolis, v. 23, n. 45, p. 123-149, dez. 2002.

OLIVEIRA, Eduardo Ribeiro de. O acesso à justiça e alguns novos instrumentos processuais. **Revista de Processo**, Brasília, n. 71, p. 180-188, jul./set. 1993.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Processo e hermenêutica na tutela penal dos direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

RAMOS, André de Carvalho. O estatuto do Tribunal Penal Internacional e a Constituição brasileira. *In*: AMBOS, Kai; CHOUKR, Fauzi Hassan (Org.). **Tribunal penal internacional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 245-289.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma revolução democrática da justiça**. São Paulo: Cortez, 2007.

_____. The law of the oppressed: the construction and reproduction of legality in Pasargada. **Law and Society Review**, v.12, n.1, outono 1977, p.5-
126. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/i354484>. Acesso em: 4 jul. 2016.

TUCCI, Rogério Lauria. **Teoria do direito processual penal**: jurisdição, ação e processo penal (estudo sistemático). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

UNODOC. **Investigating the links between access to justice and governance factors**: an objective indicators' approach global programme against corruption, research and scientific series. Vienna, 2001. Disponível em: http://www.unrol.org/files/Investigating%20the%20Links%20Btwn%20Access%20to%20Justice%20and%20Governance%20Factors_An%20Objective%20Indicators%20Approach.pdf. Acesso em: 15 jul. 2016.