

PROGRAMA PARA UM ESTATUTO DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Pelo Dr. José António Barreiros

A propósito de ministério público, duvida-se hoje se a sua autonomia resulta claramente explicitada na Constituição, se, em tema de revisão constitucional, lhe deve caber ou não essa parte leonina da estrutura processual penal que é a instrução criminal, se a Constituição permite o controlo judicial da acusação e se não será inconstitucional essa novel aquisição legislativa de poderes para proceder a inquérito preliminar.

Mas se isto é assim tão precariamente problemático, interrogar-se-á o observador mais atento, se, ao oferecerem-se-nos as traves mestras da organização do ministério público, nelas nada se pode edificar de institucionalmente certo e normativamente sedimentado, não será porque, na sua própria estrutura política fundante, tal entidade se encontra num processo interminado, havendo em suma que aguardar o terminus dessa complexa morfogénese social?

Com esta comunicação sustenta-se uma tese diferente. Com ela procura demonstrar-se, em primeiro lugar, que, mau grado todas as contingências históricas, e aquilo em que estas relativizam a figura em análise, o ministério público, se por ambiguidade se caracteriza, tal se deve unicamente à inexistência de uma opção inequívoca em matéria de sistema processual penal.

Pois que é no processo penal que verdadeiramente se caracterizam os traços estruturais do ministério público.

E se, de questão em questão, nos demandarmos quanto à própria razão de ser dessa aporia no que concerne a um modelo explicitamente assumido de sistema processual penal, cremos que seria da ciência política que recolheríamos a ideia, algo pessimista, mas inteiramente explicativa, deste estado de coisas.

É que é verdadeiramente por causa do estado do conceito de Estado no nosso sistema constitucional que todas as restantes sub-questões do ordenamento nos aparecem assim irresolutas e abertas à mais díspar opinião.

Pois onde não há princípios constitucionais comumente aceites, mas apenas opiniões sobre a constitucionalidade, jurisprudencialmente flutuantes aliás, onde a Lei Fundamental pertence na prática mais ao foro retórico-argumentativo do que à zona perceptivo-hermenêutica, haverá regulamentação legislativa ou praxis administrativa consequente que subsistam no essencial, para além de cada remodelação governamental?

E assim, se há um Estado cujos fundamentos se acham verdadeiramente em construção, aquilo que, na verdade, já se erigiu, não tem ainda expressão a nível do aparelho judiciário e processual.

É que, de facto, as mutações radicais na estrutura constitucional do Estado levam o seu tempo a projectar-se no âmbito do aparelho judiciário.

E quando essa projecção de efeitos ocorre, a sedimentação histórica das novas ideias é quase sempre o produto de um longo estilicídio de pequenas reformas e contra-reformas, de tentativas e erros legislativos que são, no essencial, a ária da nova encenação.

Nova ordem constitucional e nova ordem judiciária são conceitos que têm tempos históricos diferenciados.

Só os sistemas que se contentaram com um pragmatismo institucional acto contínuo à Revolução e que com ele se bastaram para a questão da ordem pública é que se puderam valer de um imediatismo institucional que, em regra, não ocorre.

A nossa tradição política é suficiente para ilustrar este ponto de vista com exemplos concludentes.

E, no entanto, quanto fica dito não poderá significar a ausência de uma base de sustentação suficientemente explícita do

edifício constitucional que impeça a construção de princípios jurídico-criminais com rigor suficiente.

É que, quanto existe já de consensualmente firmado em torno dos fundamentos axiológicos da Lei Fundamental, basta como elemento de suporte de uma política criminal nova.

E se demonstração fosse necessária para este tese, chegaria a paridade de razões que se pode extrair da circunstância de estar em curso de debate público o novo Código Penal; pois se não pode haver Direito Penal substantivo coerente, sem uma relativa pacificação institucional e sem uma prévia estrutura constitucional suficientemente definida, vale o mesmo, por identidade de motivos, quanto à orgânica do ministério público e quanto ao seu posicionamento relativo no âmbito dos restantes poderes estaduais.

Há, pois, que tomar quanto temos já de validamente estabelecido em termos do Estado Democrático Social de Direito, que a Constituição consagrou, e procurar daí extrair os elementos constitutivos de um ministério público novo, que possa ultrapassar na sua praxis funcional, as antinomias fundamentais que ficaram referidas.

Ora na árvore dos conceitos que se encontram envolvidos nesta matéria, a primeira realidade a constatar é que o texto da Lei Fundamental não tomou claramente posição sobre a querela respeitante à natureza jurídica do ministério público, não se tendo pronunciado de modo expreso quanto à sua pertinência ao universo administrativo, como entidade dependente do Executivo, como entidade integrada no campo da Justiça, com estatuto paritário, se não homólogo, ao dos magistrados propriamente ditos, ou como órgãos de administração judiciária, tal qual vem propugnando a moderna doutrina, com aplauso generalizado da jurisprudência.

Trata-se de uma ausência de comprometimento explícito fácil de justificar, atendendo por um lado ao carácter complexo e parcialmente irresoluto da problemática (1) e por outro à própria

(1) Esboçámos uma primeira análise desta problemática no nosso *Processo Penal*, I, Coimbra, 1981, pp. 291 e segs., partindo de uma tentativa

ambiguidade ecléctica de muitos dos fundamentos da Constituição que ensaiou um compromisso — nem sempre sucedido — entre concepções de natureza estatista e colectivizante e institutos típicos do Estado liberal, nomeadamente em matéria de direitos liberdades e garantias.

Ora, se a concepção autoritária, tal qual vingava anteriormente à entrada em vigor da Constituição, não poderia ter sido por esta aceite, estando subconscientemente presente como um cenário a encerrar na nossa vida pública, duvidoso é que, em termos da Constituição de 1976 houvesse ideais mais claros do que a necessidade de rejeição do passado.

E assim, na Constituição, mantém-se a noção de que os agentes do ministério público são «hierarquicamente subordinados», determina-se que o Procurador-Geral da República é nomeado pelo Presidente da República, qualificam-se os agentes do ministério público como «magistrados», e sistematicamente insere-se o quadro essencial do seu estatuto constitucional num capítulo independente daquele em que se prevêm normas sobre os magistrados judiciais, e ambas integradas num título da Constituição dedicado aos Tribunais.

A Constituição, em suma, se pouco explicita quanto ao que significa, em concreto, esta *hierarquia dos magistrados* do ministério público, só indirectamente, através de uma colocação sistemática dos seus preceitos, é que expressou a opção da *autonomia* do ministério público relativamente aos magistrados judiciais.

Mas, na verdade, se esta ideia autonómica se pode colher apenas pelo índice da Lei Fundamental — argumento sempre menor em termos de teoria da interpretação — também é certo que os seus contornos se não acham explicitados pelos normativos respectivos deste diploma legal, salvo naquilo em que ele prevê na disposição respeitante às garantias do processo criminal, nomeadamente ao estipular que «o processo penal terá estrutura acusatória».

Sucedo, no entanto que, a tomar o conceito de «estrutura

de considerar conjuntamente a questão da independência face ao executivo com a independência face ao poder judicial.

acusatória» em termos da sua intrínseca literalidade semântica — e não parece à primeira vista que devamos deixar de o fazer, pois que a Constituição não utilizou o termo, que poderia ter usado em alternativa, de «princípio acusatório» — ele não poderá deixar de significar que aquela autonomia do ministério público relativamente ao poder judicial resulta afinal do próprio carácter de parte do ministério público, entidade cujo estatuto se desvalorizaria assim substancialmente, relativamente àquilo que é a realidade presente, para se situar numa parificação dialéctica relativamente ao acusado. (2).

Autonomia funcional do ministério público relativamente ao poder judiciário e estrutura acusatória do processo criminal — salvo se os conceitos forem usados num sentido meramente figurado — são noções que apenas se compreendem, sendo o ministério público concebido como parte processual.

Ora é isso precisamente (3) que constitui a linha evolutiva mais significativa das perspectivas actualmente em debate no ordenamento italiano, que certa doutrina, em comunicação precisamente endereçada ao ministério público, (4) propugna como orientação admissível para o nosso Direito.

(2) Um excelente texto, expositivo e crítico das várias concepções do ministério público como parte processual é o de Mariano Fernández Martín Granizo, *El Ministerio Fiscal en España*, Documentación Jurídica, n.º 11, pp. 6 e segs.

(3) Só assim se compreendem as esperanças das palavras de G. Riccio relativamente ao «sistema acusatório como conquista civil, como único instrumento válido destinado a garantir o sistema legalitário e, daí, a ideia do ministério público, parte no sentido completo da palavra». (*Premesse per la riforma dell'ordinamento del pubblico ministero*, em *Processo penale e modelli di partecipazione*, Nápoles, 1977, p. 39.)

(4) Figueiredo Dias na sua comunicação ao Encontro-debate promovido pelo Sindicato dos Magistrados do Ministério Público e cujos trabalhos estão publicados sob o título «*A Revisão Constitucional, o Processo Penal e os Tribunais*».

Uma panorâmica da reforma italiana do processo Penal — cuja execução, no dizer de G. Bettiol no prefácio à 3.ª edição das suas *Istituzioni di Diritto e Procedura Penale*, Pádua, 1980, «está bloqueada para não agravar

E porque não haveremos nós também de a aceitar? (5)

Não por certo por ela significar um desarmamento dos mecanismos de prevenção e repressão criminal do Estado, tanto quanto é certo que a taxa de criminalidade, em países cujo ordenamento se pauta por tais pontos de vista, não se mantém dessincronizada relativamente àqueles cujos sistemas de administração judiciária se caracterizam ainda por resíduos inquisitórios, com administrativização do ministério público.

Não também porque ela se encontra em contexto bem distinto daquilo que vem sendo a nossa tradição processual penal, pois que, a atermo-nos a isso que se chama a nossa tradição jurídico-criminal, encontramos uma dupla linha de confluências, já que à política de judicialização e inquisitório, que vigorou até à 2.ª Grande Guerra Mundial — e que teve a sua expressão legislativa nas Ordenações do Reino, se manteve perante as reformas judiciárias da Monarquia Constitucional e se reiterou no Código de Processo Penal de 1929 — sucedeu uma administrativização só formal e aparentemente acusatória, que teve a sua implantação legislativa, quase incólume, desde 1945 até à Constituição da República de 1976.

E assim, se em termos de tradição institucional o ordenamento nacional está aberto a uma futura evolução — tanto que já ensaiámos, sob a legislação republicana, a variante da judicialização mais substancialmente acusatória e sob a revisão de 1972, um sistema criminal com acusatório formal mais substancialmente judicializado do que até então mas, mesmo assim, mais policializado do que hoje temos — os argumentos contra a importação do modelo italiano do processo penal terão de ser outros.

uma situação judiciária já tanto comprometida» — está dada no nosso *Processo Penal*, I, Coimbra, 1981, pp. 121 e segs.

Leituras complementares àquela que aí se indicam podem ver-se em Ugo Dinacci, *Prospettive sistematiche del processo penale*, 2.ª ed., Pádua, 1978, pp. 59 e segs. e III e segs.

(5) Este tópico foi considerado com abundante apoio doutrinário no nosso *Ensaio sobre a competência instrutória em processo ciminal*, dissertação ao curso de pós-graduação da Faculdade de Direito de Lisboa, inédita.

E substancialmente são o facto de tal modelo, desvalorizando o núcleo essencial da judicialização instrutória, enfatizar as averiguações administrativas pré-acusatórias, a ponto de permitir que o essencial daquilo que nós hoje consideramos ser o inquérito preliminar, justaposto a uma fase de uns quantos desqualificados actos de instrução, de aparição facultativa, valha como fundamento bastante para a sujeição a juízo de infracções por mais graves que sejam. E isto com o mero controlo de uma audiência preliminar que, não reunindo as vantagens da sua homónima dos sistemas acusatórios puros, lhe potencia inclusivamente os defeitos.

Só que, o que está agora em causa é o saber apenas em que medida essa evolução tendencial para o acusatório — que os ordenamentos mais significativos da Europa vão adoptando e a nossa Constituição consagra sem reservas —, essa reivindicação de dupla autonomia do ministério público, relativamente ao poder judiciário e ao executivo — que os sectores mais significativos da nossa acusação pública vêm patrocinando — se compatibilizam num estatuto coerente, adequado sobretudo às necessidades da vida colectiva.

Ora reside precisamente aqui o problema central do ministério público.

Para o resolver há, antes de mais, que partir da ideia segundo a qual a *vexata quaestio* quanto à natureza do ministério público, que leva a conceber, conforme os pontos de vista, esta entidade, ou como órgão administrativo, ou como órgão de justiça, se pode ser ultrapassada — e no nosso próprio ordenamento processual penal já há propostas feitas nesse sentido — não pode, de modo algum, tornar-se no motivo de inviabilidade de um estatuto coerente do ministério público, pois o contrário seria admitir que «o slogan afogava a reforma». (6)

É que, uma das exigências mais instantes da nossa vida colectiva consiste na necessidade de assegurar os mecanismos

(6) A expressão é de Riccio, *Riforma dell ordinamento del pubblico ministero, Processo penale e modelli di partecipazione*, Nápoles, 1977, p. 17 que a reproduz no seu artigo *Pubblico ministero e società*, p. 73.

garantes de uma mediação política entre os órgãos de Justiça e os demais órgãos constitucionais, sobretudo de modo a prosseguir aquela sincronização de esforços que o aumento exponencial da criminalidade, sobretudo da criminalidade violenta organizada torna prioritária, em ordem a estabelecer as necessárias correcções adaptativas na linha de demarcação da ilicitude.

Mediação política que — deve reconhecer-se nestes tempos de emotividade dos discursos políticos — não pode significar conformismo das instâncias judiciárias com todas as variáveis pequenas necessidades do quotidiano governamental ou parlamentar, mas que se prende diversamente com o desejável ajustamento dos órgãos judiciais e da administração judiciária às opções de política criminal colectivamente definidas. (7).

(7) O ponto de vista tradicional, expressando uma aliás falsa noção de neutralidade ideológico-política das entidades pertencentes ao foro judiciário, enfatiza quanto há de precário e contingencial na política em geral, para concluir pela necessária libertação exonerativa daqueles relativamente a esta, ou seja, que a função de aplicação do Direito tomaria necessariamente as suas distâncias relativamente às querelas intestinas e de certo modo venais do Poder. Um discurso deste tipo é, por exemplo, o de Angelo de Mattia que, analisando presisamente os modelos viáveis de controlo político do ministério público, escreveu: «o magistrado, qualquer que seja a sua função, não aplica a política do governo, a dos centros do poder económico ou social, dos partidos ou sindicatos ou a que corresponde à sua ideologia pessoal; aplica apenas «a política da lei», objectivamente interpretável segundo regras de direito precisas e controláveis na sua motivação. É esta a única via que logicamente se oferece a uma sociedade pluralista, a qual aceite o princípio da igualdade de todos os cidadãos perante a lei e queira tender, no limite do máximo possível, para a certeza na aplicação do direito» (*I poteri di lavoro per la riforma del pubblico ministero*, convegno nazionale di studio da Associazione Nazionale dei Magistrati Italiani, Mântua, 5-6 de Maio de 1973, *Atti*, Milão, 1974, p. 56).

Trata-se de um ponto de vista cujo vício metodológico consiste na indevida autonomização integral daquilo a que chama «a política da lei» relativamente à estrutura da política tal qual ela resulta discutida e deliberada pelas instâncias soberanas do ordenamento constitucional, acentuando, para efeitos puramente argumentativos, a estabilidade da primeira relativamente ao carácter flutuante e tumultuoso da segunda e tudo isto com o suporte teórico na ideia de que a programação traduzida em termos legislativos é mais do que suficiente para determinar os critérios de actuação da Justiça.

Ora que nada disto é assim parece-nos hoje cada vez mais claro, pois

Só que a própria independência do poder judiciário relativamente a todos os restantes órgãos soberanos — tema sobre o qual a Constituição nos deixou desta vez indicações explícitas — não permite o seu adestramento a outros comandos que não sejam os imperativos de alcance geral e conteúdo abstracto fixado na lei; (8) além disso porque, em resultado da sua própria ideologia

não só é actualmente irreversível na epistemologia jurídica o desnudamento desta pudibundística alateralidade das instâncias forenses, relativamente às opções determinantes do projecto de vivência colectiva, mas é certo também que a imutabilidade da tipificação criminal — indispensável corolário da princípio da legalidade incriminatória, que deve ser mantido, — deve concatenar-se com o estabelecimento de um calendário de prioridades em matéria de acção penal, já que, à segurança do Estado de Direito interessa menos que toda a criminalidade seja perseguida mas sobretudo que toda a delinquência grave em certo momento histórico, seja enfrentada com êxito.

(8) Esta circumscribta obediência da magistratura judicial relativamente aos ditames exarados na lei, consubstanciando uma espécie de controlo técnico-jurídico que é tópico integrante do princípio da certeza do Direito e, por via disso, da regra constitucional da igualdade dos cidadãos perante a lei, evitando decisões dissemelhantes em identidade de circunstâncias, tem um alcance no entanto menor do que por vezes se pretende estabelecer-lhe, sobretudo no âmbito criminal. É que, em primeiro lugar, o próprio funcionamento de tal sistema pressupõe a fixação da matéria fáctica, na qual o magistrado actua de acordo com linhas de força já menos seguras e nem sempre inteiramente objectiváveis, nomeadamente quando tem que fazer apelo a presunções legais resolutivas de situações probatoriamente dubitativas — e que, actuando em favor de uma das partes, contradizem a própria verdade material — ou quando se concede, como é fundamento normativo do nosso sistema processual penal, ao magistrado judicial o poder de aferição probatória em termos da sua livre convicção e não em face de qualquer critério de prova legalmente tarifada.

E quase tão limitativa como isso é a circunstância, igualmente vigente no plano criminal, de os limites cognitivos das instâncias judiciais decisórias estarem vinculados pelo repertório fáctico essencial constante da acusação. Ora, por isso mesmo, e pela existência afinal da estrutura acusatória do processo penal, o controlo técnico-jurídico, que faz com que o magistrado obedeça apenas à lei, acaba por ser, na verdade transmutado na regra da obediência à lei, à sua consciência, em relação a infracções sobre as quais seja solicitada a sua decisão e no quadro factual que lhe tiver sido apresentado pela acusação.

A independência da magistratura decisória é assim, nas presentes

conservadora, o corpo judiciário está auto-imunizado relativamente às — frequentemente desejáveis — novidades da política, sobretudo relativamente às que signifiquem uma ruptura com as soluções de continuidade do normal fluir programático do ordenamento; e finalmente, porque não existem sequer mecanismos constitucionais de comunicação, que permitam esse alinhamento recíproco entre as opções da soberania judiciária e das restantes entidades de soberania estadual.

A única eventualidade, neste contexto, será garantir que essa mediação política se efectue através do ministério público, tanto que esta entidade, pela natureza própria das suas funções exerce — sobretudo no âmbito criminal — uma tarefa de inequívoca politicidade, estando pois caduco hoje o dogma da neutralidade da acusação relativamente aos fundamentos do ordenamento político.

Ao seleccionar as condutas a investigar, ao optar pela sujeição a juízo imediato de certos factos, ao promover diligências instrutórias que levarão ao sucesso da acusação, ao decidir-se pelo zelo persecutório quanto a certas infracções, e tudo isto ao lado de omissões acusatórias, ⁽⁹⁾ de retardamento promocional quanto ao que, no seu critério, tem por menos relevante e menos urgente, que mais faz o ministério público na prática, senão exercitar um juízo valorativo quanto às prioridades sociais, um juízo de intrínseca natureza política? ⁽¹⁰⁾.

circunstâncias, a liberdade de pronúncia sobre as precisas questões de Direito que lhe sejam formuladas e pouco mais.

⁽⁹⁾ O problema fundamental é, como sublinha Vladimiro Zagrebelski *Obbligatorietà dell'azione penale e ruolo del pubblico ministero*, in *Pubblico Ministero e accusa penale* (a cura di Giovanni Conso), Bolonha, 1979, pp. 24 e segs., o das notícias de crimes que não são objecto de denúncia expressamente formulada, embora frequentemente ventiladas pela própria imprensa. Não tendo que tomar conhecimento expreso dessas infracções — salvo em função de um vago e insancionável princípio da obrigatoriedade de promoção de tudo quanto seja do seu conhecimento oficioso — o ministério público — «il pubblico ministero che non legge i giornali» — omite frequentemente quanto a estes casos instâncias que, promovidas *ex officio*, levariam a acusações fundamentadas bem sucedidas.

⁽¹⁰⁾ O que fica dito no texto supõe uma intervenção do ministério

Um estatuto coerente do ministério público, adequado às necessidades actuais da vida colectiva, passa pois pela redefinição do conceito de *estratégia promocional*, pela assunção da ideia de que a *gestão da acção penal*, tendo essencialmente que ver com as opções políticas de fundo da sociedade, não pode ser deixada autonomamente e sem qualquer controlo das instâncias políticas, a um ministério público de todo independente e que, pelo contrário, a propulsão processual, para fazer face aos imperativos da justiça social, haverá que alinhar o passo com as entidades constitucionalmente competentes para determinar a prioridade das exigências colectivas.

É que, nas presentes circunstâncias, o exercício da acção penal, considerado como acto de tutela do ordenamento, não se coloca apenas como uma escolha alternativa entre a sujeição de um determinado facto delituoso, perfeitamente definido, a juízo ou a abstenção de promoção.

Perante o grande volume de processos distribuídos nos tri-

público a nível das actividades investigativas pré-acusatórias, nomeadamente no âmbito da instrução. Temos reiteradamente insistido na viabilidade de tal sistema, que passa por uma intervenção mais antecipada e mais incisiva (Conso, *Sul temuto depotenziamento del Pubblico Ministero*, La Giustizia Penale, 1978, I, col. 361) do ministério público, desde que este saiba ultrapassar todas as sugestões demissionistas em contrário que, hipertrofiando uma visão zelosa do princípio acusatório, supõem incompatível com tal regra qualquer participação do titular da acção pública na fase pré-acusatória, salvo para efeitos de inquérito preliminar. Ora o acusatório não supõe uma compartimentação estanque das fases processuais, antes assenta numa interrelação dialéctica entre os poderes constitutivos de cada um dos sujeitos participantes no processo no desenrolar dessa fase. E assim, e diversamente daquilo que tem sido voz corrente, somos de opinião de que a verdadeira autonomia e independência do ministério público passa pela circunstância de este querer assumir o elenco de funções que tradicional e legalmente lhe competem. Deste modo, *dominus* do processo, para que a acção penal encontre condições de viabilidade, o ministério público dinamizará, através da promoção criminal, todas as fases do processo, da instrução ao julgamento, e em todas as instâncias.

Agora, demitir-se daquilo que constitui a sua competência natural e pugnar pela restituição de poderes intrinsecamente judiciais é que se não compadece com as finalidades do programa normativo formulado pela Constituição.

bunais criminais e perante o complexo jogo de prioridades a estabelecer quanto ao critério de ordem pelo qual se efectuarão as promoções — já que um tratamento cronológico nos parece completamente desprovido de sentido — o exercício da acção penal passa a pressupor decisões prévias quanto à hierarquia de valores em causa relativamente a cada processo e sobretudo quanto à vantagem social da sua decisão imediata, em certo momento, ou concomitante, a certos eventos, da vida pública ou do próprio universo criminal.

Ora esta concessão a uma relativa oportunidade de critério, que a regra da legalidade acusatória não proíbe, assenta numa *racional gestão dos tempos de processamento criminal*, (11) assumindo, em todas as suas consequências, mas também com toda a sua verdade, que aquilo que é hoje uma inegável prática forense, usada amiúde como expediente de favor a certas concepções privadas de consciência do magistrado promotor ou como alternativa técnica a certas exigências extrínsecas, se transforme num valioso instrumento de política criminal.

Mas porque isto é assim, como assegurar que em concreto se efectue tal mediação da natureza política, interligando, através do ministério público, os critérios decisórios dos órgãos soberanos do Estado e os fundamentos da jurisprudência criminal, de modo a assegurar a existência de um ponto de confluência das instâncias comunitárias? (12)

(11) Nomeadamente pela actuação destinada a remover os obstáculos de facto que obstam à celeridade processual quanto a infrações socialmente danosas, pela opção criteriosa no sentido da prevalência de certos «dossiers» relativamente a outros menos importantes e inclusivamente pelo recurso preferencial a certas vias processuais em detrimento de outras, ainda que tal tenha de significar a correccionalização acusatória unicamente destinada a garantir uma aceleração dos trâmites, de modo a que, em detrimento embora de um agravamento sancionatório — nem sempre real, aliás, — se alcancem as indiscutíveis vantagens de um veredicto imediato, com a consequente projecção a nível da prevenção geral e especial — e até da própria ressocialização — que de outro modo se perderiam completamente com o decurso de um excessivo lapso de tempo entre a comissão da infracção e a sua sujeição a julgamento.

(12) Que o ministério público terá de ficar dependente do poder

Na visão clássica, o problema resumia-se na sua simplicidade à escolha entre duas alternativas: ou a opção por uma dependência directa do Executivo (solução napoleónica) ou por um ministério público inteiramente pertencente ao mundo da justiça e unicamente dela dependente (caso italiano).

O espectro de alternativas é hoje bem mais amplo, já que o ministério público, nos quadros de uma crescente autonomização institucional, está exonerado da servitude de ter que optar entre duas tutelas.

E assim, se o primeiro mecanismo será o firmar da dependência ao *Executivo*, tal não é actualmente encarado nos termos que foram entre nós vigentes sob o Estatuto Judiciário, mas numa variante distinta, mais compatível com aquela zona de irreversível independentização do ministério público. ⁽¹³⁾

Esta opção, para falarmos já no âmbito do nosso Direito, se não encontra obstáculos decisivos na Constituição, tem contra si, no entanto, a ser tomada em toda a sua extensão, argumentos decisivos, nomeadamente quando se assume como possibilidade

estadual que tiver um elenco de interesses idêntico ao seu e que assim se garante uma forma mais democrática de gestão da acção penal, diz-nos Giuseppe Riccio, respectivamente em *Premesse per la riforma dell' ordinamento del pubblico ministero* e em *Pubblico ministero e società*, ambos publicados na colectânea de estudos de sua autoria *Processo penale e modelli di partecipazione*, Nápoles, 1977. pp. 41 e 51.

(13) Assim Michèle-Laure Rassat já considera que *de lege ferenda* o ministério público, enquanto representante da Nação encarregado de assegurar o respeito da lei, seja apenas convidado a ter em conta o ponto de vista governamental e que, em caso de desacordo, deva prevalecer o ponto de vista do «parquet» (*Le Ministère Public entre son passé et son avenir*, Paris, 1967, p. 150). A pretensão de colocar o ministério público na estrita dependência do Executivo ainda emergiu no âmbito dos trabalhos preparatórios da Constituição italiana, sob proposta de Leone — significando a pura reposição do modelo vigente sob o Código de Rocco —, mas acabou por vingar uma posição diametralmente oposta, e assim, como sintetiza Giuseppe Riccio, *ob. cit.*, p. 55, «a singularidade da posição do ministério público no nosso ordenamento resulta de ser o único magistrado de acusação no mundo que goza de uma completa autonomia relativamente ao Executivo e da desmesurada latitude que lhe são conferidas pelo Código Rocco».

de o titular da pasta da Justiça poder emitir indicações de natureza concreta relativamente a processos pendentes.

E assim, na medida em que essa dependência signifique o acatamento de meras directivas genéricas — tal qual afinal se manteve na lei orgânica do ministério público — nada haverá, em princípio, a objectar.

Deste modo se alcança que, em alguns sectores, venha ganhando corpo a ideia segundo a qual, até precisamente pela politicidade em que se traduz, nas presentes circunstâncias, o exercício da acção penal, deveria o controlo do ministério público — naquele sentido que referimos de ajustamento dos seus critérios de actuação aos ditames da política criminal — ser entregue ao Parlamento, através, ou da nomeação, pela Câmara representativa, do próprio Procurador-Geral da República, ou do estabelecimento de um mecanismo de fiscalização, por intermédio de uma comissão parlamentar especializada.⁽¹⁴⁾

Alcançar-se-ia assim — como é argumento usual neste sector — uma maior expressão a nível de justiça criminal do princípio da soberania popular, que é fundamento político essencial do regime democrático.

Certo é, porém, que tal solução — apesar das inúmeras variantes organizativas que têm surgido — se afigura como inconveniente.

Na verdade, não só a solidariedade parlamentar e a recíproca cobertura entre os estadistas inviabilizariam a eficácia das investigações mais explicitamente políticas, como acabariam por ser, na prática, inteiramente ineficientes, pelo menos no estádio actual da nossa vivência parlamentar.

Quanto à designação pela Assembleia da República do Procurador-Geral da República, trata-se de uma tese sugestiva, se bem que fora das perspectivas actualmente consagradas no texto constitucional.

(14) Esta tese tem sido sustentada por Pizzorusso, *Per un collegamento fra organi costituzionali politici e pubblico ministero*, em *Pubblico ministero e accusa penale* (a cura di Giovanni Conso, Bolonha, pp. 42 e segs.) e por Ghiara, *Riforma del ruolo e dei poteri del pubblico ministero*, Riv. it. dir. e proc. penale, 1971, pp. 775 e segs.

Deve forçosamente admitir-se, aliás, que a estabilidade de funções que tem resultado do modo actualmente vigente de designação, sobretudo naquilo que significa a libertação do órgão de cúpula do ministério das contingentes maiorias que se têm formado no hemiciclo, é uma vantagem a preservar.

E se argumento fôr necessário para benefício da aceitação desta tese, quanto se passa com essa figura de inominado procurador parlamentar que tem sido o nosso Provedor de Justiça, bastará como coadjuvante necessário.

E, *the last but not the least*, é na solução clássica do controlo pelo judiciário que em muitos sectores se encontra o instrumento adequado à prossecução das finalidades intrínsecas do Estado de Direito.

Só que, na verdade há que reconhecê-lo, a maioria dos patrocinadores desta modalidade de controlo judiciário da acusação pública sustenta-a para os efeitos precisamente de uma despolitização das instituições processuais criminais, nomeadamente, para que se alcance aquela desintervenção das instâncias extrínsecas ao foro judiciário no que concerne à solvência de problemas tidos por seu património exclusivo.

A jurisdicionalização do ministério público, enquanto extensão a esta entidade da nomenclatura, conceito e estatuto da magistratura judicial, foi enquanto tendência geral, um movimento historicamente situado nos quadros da luta pela libertação da acusação pública da sua dependência face ao executivo.

O ministério público tornou-se assim órgão de justiça, para não ser órgão administrativo.

Ora o que está agora em causa é uma questão relativamente complexa e que consiste em saber se as necessidades próprias do processo penal — nomeadamente a salvaguarda do acusatório, do controlo da abstenção acusatória e a defesa da acção privada no quadro da oficialidade — podem ser resolvidas, sem prejuízo daquela imperativa medição política inter-organizacional a que vimos fazendo referência.

O que equivale, em suma, a perguntar se a judicialização como controlo da acusação, gizada para um determinado efeito —

por vezes mais aparente do que real — de neutralização ideológica do processo penal, é compatível com aquela assunção explícita das exigências da política criminal no âmbito do processo criminal.

Parece-nos sem dúvida que tal é possível.

Em primeiro lugar, porque em matéria de controlo da acusação há que apartar os casos de omissão acusatória daqueles em que se verifique uma divergente apreciação do mérito factual ou da qualificação jurídica de uma determinada infracção.

Mas mesmo a própria distinção deve ser tomada com cautela.

Com a omissão põe-se, é certo, em risco a própria viabilidade da sujeição do feito criminal a juízo, dada a impossibilidade de actividade jurídica cognitiva officiosa relativamente a feitos não acusados, o que pode, nas suas mais extremas consequências, levar a autênticas amnistias administrativas, assim o ministério público não acuse e as excepções ao monopólio da acção penal não funcionem adequadamente.

A divergência de critério em face a uma acusação já devidamente formulada — significando uma restrição substancial no âmbito dos problemas em causa, de certo modo só releva quanto às finalidades privativas do processo penal.

E, por isso mesmo, numa primeira visão das coisas, frequentemente difundida sobretudo em contextos ideológicos autoritários, afigura-se ser quanto à omissão acusatória que se deverão implantar as salvaguardas institucionais de natureza política; pois que, se ao recusar o requisitório, que a ser deduzido, conduziria à submissão pública de certo infractor a julgamento, o ministério público estaria, sobrepondo-se à lei e aos critérios gerais que a ditaram, a praticar um acto da maior significação na vida colectiva se, ao abster-se de acusar, o ministério público estaria a sobrepôr o seu critério valorativo à tábua de exigências normativas sociais, então, porque agindo assim, se estaria a colocar no âmago da própria política, o ministério público haveria que sujeitar-se aos mecanismos de controlo político que constitucionalmente fossem viáveis.

E em resumo, esclarece tal ponto de vista, haveria que manter apenas o controlo judicial, havendo acusação, tendo que

estabelecer-se o controlo político apenas quanto à inacção persecutória, dada a sua repercussão. (15).

Creemos que nada disto tem de ser assim, pois que, ao contrário do que afirma o ponto de vista a que estamos fazendo referência, não é porque, ao omitir a acusação, fazendo política por outros meios, o ministério público deva ser tutelado pelas entidades politicamente responsáveis; o que sucede em boa verdade, relativamente aos principais modelos de controlo político da omissão acusatória é que a ordem dos factores comumente é invertida e, assim, é para que se abstenha da acusação e seja feita política por outros meios, que as instâncias políticas querem controlar o ministério público.

E o que foi o mecanismo da reclamação hierárquica da não acusação, com a concomitante sujeição do ministério público às instruções concretas — para *facere* ou *non facere* do executivo, senão a forma mais insofismada de politização da acusação pública? (16).

Ora o que está em causa nesta tutela exterior da querela pública e aquilo que constitui afinal o seu perigo essencial para o equilíbrio dos poderes públicos é a susceptibilidade de, às exigências de uma intervenção genética — essa sim perfeitamente natural no âmbito de cuja execução coordenada por todas as instâncias de um programa colectivo de política criminal — as entidades políticas preferirem, em matéria de controlo da acusação, que ele sirva como utensílio para — palavras amargas de Mallinverni — proteger os amigos e perseguir os inimigos.

(15) Mas fique já agora aqui uma prevenção de realismo quanto aos exageros a que pode levar uma visão maximalista desta questão do controlo político, já que os mecanismos interventores das instâncias políticas são, no que toca à fiscalização do exercício da acção penal, muito fluidos sendo certo que a tese da co-responsabilização do Executivo é na pratica largamente exonerativa para este, pois, como pergunta ironicamente Zagrebelsky «será de crer que os governos caíam ou que os ministros se demitiam, por causa do modo como é exercida a acção penal?» (*ob. cit.*, p. 19).

(16) A sujeição do ministério público ao Executivo assenta na necessidade de garantir a existência de um órgão que possa responder pela conduta do ministério público, «de um órgão político, pois que política é a acção penal» (Zagrebelsky, *cit.*, p. 18).

da lei orgânica do Ministério Público — de chamar a si essa função tutelar.

Configurar a possibilidade de uma autonomia integral do ministério público, tanto no campo da macro-política criminal, como da condução concreta e casuística de cada processo penal, é pensar numa fragmentação da soberania estadual, para além dos limites programáticos impostos pela Constituição, é pensar enfim que *a latere* do Executivo, da camara representativa e dos tribunais, possa existir uma magistratura que, não electiva, não politicamente responsável e hierarquicamente organizada, teria, no entanto, a permissão legal para determinar os limites precisos da linha da criminalização, fora de qualquer articulação sequer com os restantes órgãos do Estado.

E nem se diga que o acusatório, naquilo em que impõe uma separação de competências no âmbito do processo criminal, conjugado com a regra da autonomia do ministério público, que a Constituição quis como traço constitutivo desta magistratura, impedem a existência de um controlo judicial da acusação.

É que, não existindo argumento decisivo que nos leve a admitir como constitucionalmente garantida aquela autonomia, haverá apenas que sublinhar que a estrutura acusatória do processo penal — que essa sim ficou expressamente clausulada na Constituição, sabe-se lá, no entanto, com que alcance — em nada sofre com a existência de um juízo de mérito sobre os resultados da instrução, ou, o mesmo é dizer-se, com a circunstância de o juízo penal, pressupondo uma dupla instrução — a pré-acusatória e a de julgamento — assentar afinal numa dupla e sucessiva ponderação fáctica dos eventos apurados pela instrução. E que, em suma, à sentença final valorativa do mérito da instrução oral antecederse uma outra, de natureza interlocutória, sobre a valia da instrução escrita, a pronúncia afinal que, no caso de omissão acusatória, se transmutaria num acto de devolução, formativa do reexame do caso, primeiro pela própria acusação pública, ulteriormente pelas instâncias de recurso.

E assim, como no quadro da teoria dos recursos penais se verificam casos de impugnação unicamente ditados pelo interesse da revisão temática pelo tribunal *ad quem*, também aqui o controlo judicial, em primeira instância, mantendo-se a intenção

omissiva do ministério público, seria afinal um mero pressuposto de um recurso obrigatório, em nome da lei.

A devolução por discordância prevista nos arts. 346.º e 351.º do Código de Processo Penal, compatibilizando-se com a Constituição, consubstancia um convite à reparação do acto de abstenção ou, em alternativa ao recurso do acto judicial.

Ora que este insignificante poder possa merecer tanta diligência para o inviabilizar, é um dos muitos paradoxos da nossa vivência constitucional.

Resta, em suma, encontrar um elemento institucionalmente válido, que garanta aquela mediação política a que vimos fazendo constantes referências, sem que até ao momento tenhamos avançado com qualquer sugestão instrumental no sentido da sua concretização.

Quanto fica dito prefigura já o que temos em mente.

É que, negando a viabilidade de uma redependentização às instâncias casuísticas do Executivo, afastando a possibilidade de controlo político-parlamentar, tendo deixado expresso que a mediação em causa — a fazer-se unicamente ao nível das decisões programáticas da política criminal — terá que salvaguardar o princípio intangível da independência do corpo judiciário, tudo afinal aponta no sentido de que essa ligação entre o poder político e os tribunais, a efectuar-se por intermédio do ministério público, assentará numa redefinição da composição do seu Conselho Superior.

E assim, onde ele é hoje restritamente formado por entidades pertencentes à magistratura de que é órgão de cúpula, à excepção de «três personalidades de reconhecido mérito designadas pelo Ministro da Justiça» [al. f) do n.º 2 do art. 14.ª da Lei n.º 39/78, de 5 de Julho], haveria que reconstitui-lo de acordo com aquilo que certos sectores pretendem como válido para o Conselho Superior da Magistratura.

Só que aqui com inteiro fundamento.

É que a introdução de elementos estranhos à magistratura judicial no corpo constitutivo do seu Conselho Superior — podendo pretender e até alcançar um relativo refrescamento ideológico dessa entidade — afigura-se, no presente momento histó-

rico, como fonte preterintencional de uma coacção psicológica sobre os magistrados, que assim se proclamam numa *capitis deminutio* da sua independência e se podem arregimentar para uma autêntica guerrilha institucional, com a qual nada ganha o regime democrático.

Já a ressocialização do ministério público — naquele sentido da sua abertura à compatibilização com os restantes órgãos políticos do Estado — sendo uma imposição da própria natureza das coisas, como se conclui de quanto fica dito, atingirá, por indirecta via, afinal, a concretização histórica do próprio princípio político que está imanente às teses intervencionistas junto do Conselho Superior da Magistratura.

E que fundamento haverá para que ele rejeite para si próprio o princípio cuja validade admite para os outros?