



Study for 'Romans Parisiens' - Van Gogh

Modelos de Ministério Público

Revista do CNMP

Nº 1

**REVISTA DO CONSELHO NACIONAL DO
MINISTÉRIO PÚBLICO**

Brasília – junho de 2011



CONSELHO
NACIONAL DO
MINISTÉRIO PÚBLICO

CONSELHEIROS

ROBERTO GURGEL MONTEIRO SANTOS (Presidente)
SANDRO JOSÉ NEIS
CLÁUDIO BARROS SILVA
SÉRGIO FELTRIN CORRÊA
ADILSON GURGEL DE CASTRO
MARIA ESTER HENRIQUES TAVARES
ACHILES DE JESUS SIQUARA FILHO
SANDRA LIA SIMÓN
ALMINO AFONSO FERNANDES
TAÍS SCHILLING FERRAZ
BRUNO DANTAS
CLÁUDIA MARIA DE FREITAS CHAGAS
MÁRIO LUIZ BONSAGLIA
LUIZ MOREIRA GOMES JÚNIOR

COMISSÃO DE JURISPRUDÊNCIA

LUIZ MOREIRA GOMES JÚNIOR (Presidente)
CLÁUDIO BARROS SILVA
MARIA ESTER HENRIQUES TAVARES
ALMINO AFONSO
BRUNO DANTAS

CONSELHO EDITORIAL

ANA PAULA DE BARCELLOS
BRUNO AMARAL MACHADO
CARLO GUARNIERI
ELIVAL DA SILVA RAMOS
GABRIEL IGNACIO ANITUA
GISELE CITTADINO
IGNACIO FLORES PRADA
NELSON NERY JÚNIOR
REGENALDO DA COSTA

SECRETÁRIO-GERAL DO CNMP: JOSÉ ADÉRCIO LEITE SAMPAIO

ISSN 2236-22363

Revista do Conselho Nacional do Ministério Público. Brasília: Subsecretaria de Edições Técnicas
Publicação semestral

Solicita-se permuta.

Pídese canje.

On demande l'échange

Si richiede lo scambio.

We ask for exchange.

Wir bitten Austausch.

Capa: Ana Karine Bittencourt

Diagramação: Luciana Monte Alto de Souza

Tiragem: 3.000 exemplares

Apresentação

A obra que aqui se apresenta foi impulsionada pela necessidade de reflexão sobre o papel do Ministério Público na sociedade contemporânea. Insere-se entre os objetivos institucionais e contou com o apoio de conselheiros, membros, funcionários, bem como com a inestimável colaboração dos autores.

O Conselho Nacional do Ministério Público consolidou-se como instituição fundamental na ordem jurídica brasileira, e o seu inquestionável papel pode ser aferido pela atenção dada pelos meios de comunicação. Além do papel de controle, o Conselho Nacional do Ministério Público também tem diversificado suas frentes de atuação, buscando debater a necessidade de coordenação das ações do Ministério Público e a avaliação do desempenho das funções constitucionais. Alguns exemplos destas iniciativas são os diversos projetos iniciados ao longo dos anos, os quais estimulam a discussão sobre o papel do Ministério Público no Estado Constitucional de Direito, bem como a relação desta instituição com a sociedade.

A revista do Conselho do Ministério Público vem coroar um dos projetos iniciados pelo Conselho Nacional do Ministério Público. Além das funções de controle e coordenação das linhas gerais de atuação institucional, o Conselho pretende com a iniciativa debater temas de interesse do Ministério Público brasileiro, provocando a reflexão.

O primeiro número foi dedicado especialmente aos modelos de Ministério Público. A obra reúne contribuições de distintas tradições jurídicas, elaboradas por especialistas e pesquisadores reconhecidos nos respectivos países. Além da preocupação em apresentar os principais aspectos constitucionais e legais dos modelos, os autores sugerem reflexões instigantes sobre o contexto de cada país, as reformas recentes, as interações com outras organizações do sistema de justiça e os contatos com os poderes políticos.

Finalmente, agradecemos a colaboração de todos aqueles que contribuíram para este primeiro número, especialmente à Secretaria de de Comunicação do CNMP, que cuidou de sua edição.

Roberto Monteiro Gurgel Santos
Presidente do Conselho Nacional do Ministério Público

Modelos de Ministério Público: organização, estrutura e controle

Nos últimos anos, os atores que integram o sistema de justiça passaram a receber mais atenção da mídia e da academia. O Ministério Público certamente é uma das instituições em que o desenho constitucional de 1988 permitiu redefinição de seu papel na sociedade brasileira.

Historicamente subordinado ao Poder Executivo, o Ministério Público é, entre as instituições que integram o sistema de justiça, aquela que maior dificuldade suscita para o seu enquadramento institucional, decorrência da evolução da engenharia constitucional dos Estados de Direito no século XX, acirrando-se os debates sobre a sua natureza jurídica e as funções a serem desempenhadas e os modelos instituídos.

O Ministério Público tornou-se o ator político relevante e passou a ocupar espaço nos meios de comunicação. Proliferaram-se as notícias sobre a atuação dos membros do Ministério Público em investigações com grande impacto social e político. Seja na defesa de direitos coletivos e difusos por meio de ações civis públicas, seja na atuação tradicional por meio da persecução penal, o certo é que o Ministério Público brasileiro conquistou um espaço importante nos últimos anos.

Por outro lado, as notícias sobre eventuais desvios de conduta e as acusações de utilização política da máquina institucional instigam o debate sobre a necessidade de mecanismos de controle do Ministério Público. O debate não é novo, e insere-se em um contexto mais amplo de discussão sobre o *accountability* das organizações e poderes do Estado.

Inspirado por esse contexto, foi definido o projeto editorial da primeira revista do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP). Os artigos foram selecionados a partir do critério de unidade que norteou a primeira revista do CNMP. Todos abordam, sob óticas distintas, modelos de Ministério Público, focalizando aspectos institucionais, organizacionais, políticos, bem como os mecanismos de controle idealizados a partir das peculiaridades de cada Estado.

O artigo “Explorando a origem da ação penal pública na Europa e nos Estados Unidos”, de Yue Ma, discorre sobre a origem da ação pública e

analisa a influência de distintas tradições políticas, históricas e culturais na consolidação dos sistemas de acusação contemporâneos praticados na Europa e nos Estados Unidos. Embora o foco tenha sido a transição da persecução penal privada à persecução penal pública, sob o monopólio estatal, os distintos modelos de Ministério Público surgem contextualizados nas diferentes experiências históricas vivenciadas pelos países de tradição europeia continental ou da tradição *common law*.

Em seguida, a revista apresenta artigos que abordam modelos específicos de Ministério Público na Europa e na América Latina. O critério de seleção foi a proximidade cultural, jurídica e regional com a realidade brasileira.

O artigo “Transformações do Ministério Público em Portugal: de actor institucional a actor social”, de João Paulo Dias, Paula Fernando e Teresa Maneca Lima, investe na reconstrução histórico-institucional do Ministério Público português. Os autores analisam a organização, estrutura e principais atribuições da instituição, destacando o protagonismo do Ministério Público português nos últimos anos. Os autores enfatizam a posição do Ministério Público português como ator multifacetado, com funções que vão além da matéria criminal, e apresentam os desafios do distanciamento dos poderes do Estado e o desempenho das novas responsabilidades assumidas contemporaneamente.

O artigo “Notas sobre a posição constitucional do Ministério Público na Espanha”, de autoria de Ignacio Flores Prada, debate a posição constitucional do Ministério Público na Espanha, e busca situar as raízes que explicariam a crise do modelo no moderno sistema político. O autor sugere mudança no debate a partir do modelo de Estado Social de Direito e propõe superar a discussão sobre a independência ou subordinação da instituição a um dos poderes políticos. A partir deste enfoque, defende posição em que o Ministério Público teria autonomia funcional, marcado porém pela colaboração com linhas gerais de política criminal definida pelo poder político (governo).

O artigo de autoria de Carlo Guarnieri, intitulado “Organização e estrutura do Ministério Público na Itália”, analisa a peculiaridade do modelo italiano, ressaltando os aspectos históricos que levaram à integração de Ministério Público e Magistratura em uma única instituição. Aborda, ainda, a especificidade do autogoverno do *Consiglio Superiore dalla Magistratura (Csm)*. Trata-se de uma situação que coloca o Ministério Público italiano em uma posição particular (v. tab. 1), a qual não deixou de suscitar críticas e propostas de reforma que, contudo, até agora, não tiveram êxito significativo. O autor analisa, ainda, as atuais propostas de reforma do modelo, situando os interesses dos distintos atores políticos

envolvidos.

O artigo “Ministério Público no Chile: modelo institucional e funções”, de Mauricio Duce, analisa os princípios, a estrutura, a organização e as funções do Ministério Público chileno a partir da reforma processual que cria a instituição, a qual havia sido extinta em 1927. O autor analisa dados estatísticos sobre o desempenho do Ministério Público na América Latina e, especialmente, do Chile, nos últimos anos, e discute os mecanismos de controle e responsabilização dos membros, bem como o papel assumido pelo Ministério Público chileno em face da limitação de recursos materiais e humanos.

O artigo “O Ministério Público Federal na Argentina: estrutura, princípios e funções”, de Adrián Marchisio, analisa a posição constitucional do Ministério Público argentino em face das reformas processuais e do sistema de justiça. O autor não se limita aos princípios, estrutura organizacional e funções institucionais, abordando também os aspectos materiais e humanos da estrutura organizacional disponibilizada ao Ministério Público. Assim, analisa e destaca as dificuldades enfrentadas em face das novas funções impostas pelo modelo processual acusatório.

O artigo que encerra a revista, de autoria de Yue Ma, intitulado “A discricionariedade do promotor de justiça e a transação penal nos Estados Unidos, França, Alemanha e Itália: uma perspectiva comparada”, apresenta análise comparada das práticas acusatórias existentes nos Estados Unidos e em três outros países da Europa continental. O autor critica a ampla expansão dos poderes do Ministério Público nos Estados Unidos e coteja com formas de transação penal na Itália, França e Alemanha. Embora o autor pretenda estimular reflexões para possível reforma do modelo norte-americano, o artigo vai além desse objetivo, pois descreve e discute diferenças significativas entre a experiência norte-americana e europeia, o que sugere reflexões sobre o modelo de Ministério Público no Estado de Direito contemporâneo.

Agradecemos a colaboração dos autores que elaboraram artigos especialmente dedicados a esta edição. Agradecemos também ao professor Yue Ma, da Universidade John Jay (Nova Iorque), e à SAGE, pela autorização para publicação dos artigos já veiculados anteriormente.

É muito importante para nós destacar a colaboração das Associações Nacionais do Ministério Público que subsidiaram as traduções, tornando os artigos disponíveis no vernáculo. Nossos agradecimentos à Associação Nacional do Ministério Público Militar (ANMPM), à Associação Nacional dos Procuradores da República (ANPR), à Associação Nacional dos

Procuradores do Trabalho (ANPT) e à Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP).

Luiz Moreira

Conselheiro Nacional do Ministério Público

Bruno Amaral Machado

Membro Auxiliar do Conselho Nacional do Ministério Público

Sumário

Apresentação - Roberto Monteiro Gurgel Santos	3
Modelos de Ministério Público: organização, estrutura e controle Luiz Moreira Gomes Júnior e Bruno Amaral Machado	5
Explorando as origens da ação penal pública na Europa e nos Estados Unidos Yue Ma	11
Transformações do Ministério Público em Portugal: de actor institucional a actor social? João Paulo Dias, Paula Fernando e Teresa Maneca Lima	43
Notas sobre a posição constitucional do Ministério Público na Espanha Ignacio Flores Prada	81
Organização e estrutura do Ministério Público na Itália Carlo Guarnieri	103
O Ministério Público no Chile: modelo institucional e funções Mauricio Duce	129
O Ministério Público Federal na República Argentina: estrutura, princípios e funções Adrián Marchisio	167
A discricionariedade do promotor de justiça e a transação penal nos Estados Unidos, França, Alemanha e Itália: uma perspectiva comparada Yue Ma	193

Explorando as origens da ação penal pública na Europa e nos Estados Unidos¹

Yue Ma
Professor da Faculdade John Jay de Justiça Penal (Nova Iorque)

A ação penal pública é um elemento indispensável da administração hodierna da Justiça Penal. A ação penal pública, da forma como a conhecemos hoje, contudo, é produto de uma longa evolução. Historicamente, a perseguição ao crime era uma questão privada, sem que houvesse envolvimento oficial na ação penal. Este artigo explora o desenvolvimento da ação penal na Inglaterra, na Europa e nos Estados Unidos. A primeira parte traça a evolução dos métodos de acusação na Inglaterra e no continente europeu. A segunda parte enfoca o desenvolvimento da ação penal nos Estados Unidos, desde o período colonial até a formação do moderno sistema norte-americano de acusação. Este artigo destaca os eventos históricos que contribuíram para a evolução e para a transição dos métodos de acusação e analisa o impacto de diferentes valores históricos, culturais e políticos sobre a formação dos atuais sistemas de acusação na Europa e nos Estados Unidos.

Palavras-chave: ação penal – história – Europa – Estados Unidos.

A ação penal pública é um elemento indispensável da moderna administração da Justiça Penal. Atualmente, considera-se normal que, na ocorrência de um crime, o promotor de justiça assuma a responsabilidade de levar o suspeito a julgamento por um tribunal de justiça. A ação penal pública, da forma como a conhecemos hoje, contudo, é produto de uma longa evolução. Durante séculos o crime foi uma questão privada a ser resolvida pela parte ofendida. A autorreparação assumia diferentes formas. Na Antiguidade e na Idade Média, a vingança privada era a forma predominante de resposta ao crime. Em fins da Idade Média, os reis e os líderes tribais impuseram restrições ao uso da vingança para minimizar a desordem causada pela justiça selvagem. A parte prejudicada deveria primeiro buscar indenização monetária e tinha permissão para recorrer à vingança apenas quando seu

¹ Artigo publicado originalmente com o título de “Exploring the Origins of Public Prosecution” na *International Criminal Justice Review*, Volume 18, número 2, junho de 2008, p. 190-211. (Copyright by Georgia State University, College of Health and Human Sciences. Reprinted by permission of Sage Publications, Inc.). Tradução do inglês: Aduino Villela. Revisão e adaptação: Bruno Amaral Machado.

ofensor se recusasse a pagar as indenizações prescritas juridicamente. Com o surgimento dos tribunais de justiça, a vingança privada e a conciliação foram substituídas pela resolução judicial do litígio. O advento dos tribunais de justiça, todavia, não alterou a natureza do crime. O crime permanecia uma infração privada e cabia à parte prejudicada apresentar acusação perante o juiz (ESMEIN, 1913; FORSYTH, 1852; PLUCKNETT, 1956; VAN CAENEGEM, 1991).

Aqueles que hoje estudam direito comparado estão familiarizados com a distinção entre o sistema acusatório inglês e o sistema inquisitório continental. Antes do século XIII, contudo, não haveria como fazer um estudo comparado dos dois sistemas, pois eram idênticos. Tanto na Inglaterra quanto na Europa continental, o método predominante de acusação era privado, e a culpa ou inocência era determinada pelo veredicto de Deus (MUELLER & POOLE-GRIFFITHS, 1969).

O século XIII testemunhou mudanças significativas nos métodos de acusação e julgamento penais. As formas irracionais de determinação da culpa foram condenadas na Inglaterra e no continente europeu. Com o abandono de métodos arcaicos de prova, tanto os ingleses quanto os continentais buscaram métodos alternativos, isto é, mais racionais, de determinação de culpa ou inocência. Nesse momento crítico, a Inglaterra e o continente se apartaram e estabeleceram métodos diferentes de acusação e julgamento penais. A Inglaterra adotou o uso de leigos em seu sistema jurisdicional, enquanto a Europa continental abraçou o sistema inquisitório. A respeito do método de acusação, a Inglaterra adotou a ação penal privada durante os 600 anos seguintes. O continente europeu, em contraposição, optou pela ação penal pública (ESMEIN, 1913; FORSYTH, 1852; MERRYMAN, 1985; PLUCKNETT, 1956; VAN CAENEGEM, 1991).

O sistema jurídico norte-americano deve suas origens ao *common law* inglês, mas o promotor de justiça não faz parte da herança inglesa. Quando os colonizadores chegaram às costas da América do Norte, trouxeram consigo o sistema judiciário inglês, bem como o instituto da ação penal privada, a qual, todavia, não se consolidou de forma duradoura nos Estados Unidos. A ação penal pública surgiu nos Estados Unidos muito antes de surgir na Inglaterra. Isso, contudo, não significa que o sistema inglês não tenha contribuído de alguma maneira para a evolução da ação penal pública nos Estados Unidos. O *district attorney* (promotor de justiça, ou, literalmente, promotor de justiça do distrito) norte-americano pode de fato apresentar ancestralidade remota no *attorney general* (procurador-geral) inglês (CHITWOOD, 1905; JACOBY, 1980). Além da influência inglesa, o método de acusação no período colonial foi também influenciado por instituições europeias, principalmente pelo *schout* (magistrado) holandês e o *ministère publique* (ministério

público) francês (FRIEDMAN, 1985; GOULKA, 2002; LEVASSEUR, 1996; NATIONAL COMMISSION ON LAW OBSERVANCE AND ENFORCEMENT, 1931; VAN ALSTYNE, 1952).

A despeito dessa influência inicial, o cargo de *district attorney* não deriva da experiência europeia, pois nunca houve uma contraparte exata do mesmo na Inglaterra ou em qualquer país da Europa continental. O *district attorney*, enquanto autoridade eleita em âmbito local e detentora de enorme poder discricionário, é produto da experiência dos Estados Unidos e “uma contribuição característica e exclusivamente norte-americana” (KRESS, 1976, p. 100).

Este artigo explora as origens e o desenvolvimento histórico da ação penal pública na Inglaterra, na Europa continental e nos Estados Unidos. Em primeiro lugar, traça a evolução dos sistemas de acusação na Inglaterra e no continente europeu. Em seguida, enfoca o desenvolvimento da ação penal pública nos Estados Unidos da América. Este artigo explora a influência dos modelos europeus no desenvolvimento do sistema inicial de acusação norte-americano e discute os eventos que contribuíram para dar a forma atual ao sistema norte-americano de acusação.

A tradição inglesa de ação penal privada

No início da época anglo-saxã, o crime era uma questão pessoal a ser resolvida por meio da vingança privada. Mais tarde, na Idade Média, reis e líderes tribais impuseram restrições à vingança privada para amenizar a desordem causada pela justiça selvagem da vingança. Para tanto, foi criado um sistema de *wergild* (indenização monetária). A lei exigia que a parte ofendida buscasse primeiro indenização junto ao ofensor. A parte prejudicada tinha permissão de recorrer à vingança apenas quando o ofensor se recusasse a pagar a indenização prescrita juridicamente (FORSYTH, 1852).

Embora o crime fosse predominantemente uma questão privada, nunca houve completa falta de interesse oficial em assuntos criminais. Mesmo na época anglo-saxã, o crime era visto de forma dual. Por um lado, tratava-se de uma questão privada a ser resolvida pela parte ofendida. Por outro, o crime era visto também como uma ofensa contra a paz do Estado. Por essa razão, o criminoso devia não somente pagar *wergild* à parte ofendida, mas, também, uma multa, conhecida como *wite*, ao Estado. O envolvimento do rei em assuntos penais, todavia, era impulsionado mais pelo desejo de aumentar a receita pública do que de ajudar a parte ofendida a buscar justiça. O rei não tinha qualquer obrigação de perseguir o autor da infração. Cabia ao indivíduo buscar reparação junto ao infrator. Mas quando este concordava em pagar indenização à parte ofendida, era obrigado também a pagar uma multa ao Estado (FORSYTH, 1852).

Na ausência de uma força policial organizada, os anglo-saxões mantinham a paz e a ordem por meio do sistema de *Frank-pledge* (compromisso franco, “franco” aqui dizendo respeito a uma das tribos germânicas que habitava a Europa). O sistema de *Frank-pledge*, além de ter sido o primeiro mecanismo organizado de aplicação da lei, era também um órgão de acusação criminal. As *tithings*, divisões administrativas compostas por dez chefes de família, eram as unidades básicas desse sistema de compromisso. As famílias que pertenciam a uma *tithing* estavam obrigadas pelo compromisso a cooperar com o policiamento de seus próprios problemas. Se algum membro de uma *tithing* cometesse um crime, era dever dos outros membros levar o criminoso ao tribunal para que fosse punido. As *tithings*, assim, desempenhavam a função de acusação criminal (CRITCHLEY, 1972).

A *tithing* era a menor subdivisão do sistema de compromisso. Em seguida, vinham as divisões administrativas conhecidas como *hundred* e *shire*. As cortes dos *shires* e dos *hundreds* estiveram entre os primeiros tribunais anglo-saxões (FORSYTH, 1852; VAN CAENEGEM 1991). Com o surgimento dos tribunais de justiça, a vingança privada e a *wergild* foram substituídas pela resolução judicial de litígios. O advento da resolução judicial de litígios não alterou a natureza privada do crime. A parte prejudicada não tinha mais o direito de recorrer à vingança privada, mas ainda cabia a ela fazer a acusação (FORSYTH, 1852; PLUCKNETT, 1956; VAN CAENEGEM, 1991).

A Conquista Normanda (1066) pôs fim à era anglo-saxã. De início, os normandos mantiveram intactas muitas instituições anglo-saxãs, incluindo o sistema de compromisso, as cortes dos *hundreds* e dos *shires*, o julgamento por juramento ou ordálio e a ação penal privada (FORSYTH, 1852; PLUCKNETT, 1956; VAN CAENEGEM, 1991). Os métodos mais comuns de determinação de culpa eram a compurgação, ou seja, a reabilitação de um acusado por juramento de outrem a seu favor, e o julgamento por ordálio. Quando se encontrava sob acusação, a pessoa acusada devia obter um número específico de *oath-helpers* (ajuramentados ou ajudantes de juramento) para afiançar seu próprio juramento. Os *oath-helpers* não eram testemunhas. Eles compareciam em juízo não para apresentar provas sobre quem cometeu o crime, mas para atestar que o acusado era pessoa de boa reputação e que seu juramento era digno de confiança. O número normal de ajuramentados era 12. O apoio dos *oath-helpers* do acusado poderia ser sobrepujado por um número maior de *oath-helpers* levados pelo acusador. Nesse caso, o acusado teria que se submeter ao ordálio para provar sua inocência (FORSYTH, 1852; VAN CAENEGEM, 1991).

O julgamento, parecendo um combate primitivo, tinha natureza acusatória e contraditória. A parte prejudicada e o alegado infrator, não

tendo mais permissão de lutar um contra o outro numa vingança privada, lutavam com juramentos, estacas e espadas sob a orientação formal do tribunal. Por causa da natureza privada do crime, era dever da parte ofendida e de sua família tomar a iniciativa de promover a ação. Apresentar uma acusação criminal era uma empreitada de risco. Caso não conseguisse provar sua alegação, o acusador podia tanto sair derrotado num combate judicial quanto ser forçado a se submeter à punição que esperava infligir ao acusado (FORSYTH, 1852; NEWMAN, 1978; VAN CAENEGEM, 1991).

Um avanço significativo aconteceu nos séculos XII e XIII no que diz respeito à condução do julgamento de crimes e ao método de acusação. No século XII, embora a responsabilidade de apresentar queixas contra crimes ainda coubesse à parte prejudicada, havia um interesse cada vez maior em assuntos penais por parte dos reis normandos. Fortemente inclinados à ordem pública, os reis normandos ficaram preocupados com a prática de deixar a promoção da ação penal apenas à iniciativa incerta de vingadores privados. Surgia, assim, um elemento oficial no sistema de acusação predominantemente privado (FORSYTH, 1852; VAN CAENEGEM, 1991).

A criação do *jury of presentment* (júri de apresentação) no século XII foi um avanço notável do envolvimento oficial em assuntos penais. Em 1166, a *Assize* de Clarendon (veja DOUGLAS 1953-1975, Vol. 2, p. 407-410) dispunha que quando, após a ocorrência de um crime, ninguém ousasse acusar abertamente um suspeito, o *sheriff* (xerife) deveria fazer doze homens de bem da vizinhança prestarem juramento na presença de um bispo. Esses 12 homens jurariam declarar a verdade de acordo com suas consciências. O *jury of presentment* desempenhava tanto as funções de acusação quanto de julgamento. A falta de métodos racionais de determinação de culpa facilitava o dever de julgar. Tão logo uma acusação fosse feita e a contestação fosse apresentada, o dever de julgar se restringia a anunciar o veredicto de Deus. Promulgada dez anos depois, em 1176, a *Assize* de Northampton (veja DOUGLAS 1953-1975, Vol. 2, p. 411-413) reafirmava as funções do *jury of presentment* (FORSYTH, 1852; VAN CANENEGEM, 1991; YARDLEY, 1979).

O século XIII testemunhou um dos eventos mais significativos na história do processo penal. Os métodos arcaicos de prova foram substituídos por métodos racionais. A exigência da Magna Carta de 1215 (veja Douglas 1953-1975, Vol. 3, p. 316-324) de que ninguém fosse processado a não ser pelo julgamento de seus pares preparou o caminho para a transição ao uso do julgamento por júri como método alternativo de determinação de culpa. À medida que os métodos arcaicos de julgamento caíam em desuso, o *jury of presentment* ganhava maior atenção. De início, esse júri ainda desempenhava o dever duplo de acusação e julgamento criminal. Gradualmente, ele deixou de desempenhar a função de acusação e focalizou

somente sobre a determinação da culpa. A função da acusação foi assumida por um novo júri, composto por número maior jurados. Esse júri recém-surgido evoluiu mais tarde para o *grand jury* (júri de acusação). O *jury of presentment*, que era composto por 12 membros, tornou-se o *trial jury* (júri de julgamento). Embora pudesse iniciar investigações criminais quando bem lhe aprouvesse, na maioria dos casos o *grand jury* não agia a menos que um acusador privado apresentasse queixa. A prática geral era a de que ainda não poderia haver ação penal na ausência de um acusador (FORSYTH, 1852; VAN CAENEGEM, 1991; YARDLEY, 1979).

Do século XII até fins do século XX, a Inglaterra manteve a ação penal privada. A função da acusação privada, entretanto, contou com a assistência de diversas autoridades nos diferentes estágios desse longo período histórico. Vale a pena notar que, a despeito da predominância da ação penal privada, sempre houve um elemento oficial na promoção da ação penal. Para que se possa compreender plenamente o curso do desenvolvimento da ação penal na Inglaterra, é necessário explorar os papéis desempenhados pelo comissário, pelos juízes de paz, pela polícia, pelo procurador-geral e pelo diretor de ações penais públicas.

No século XIII, o comissário (*parish constable*) era a principal autoridade policial. Cabia a ele manter a ordem pública em sua comunidade local. O comissário tinha poder para realizar prisões sempre que um criminoso fosse pego em flagrante. Trabalhando sozinho, contudo, ele dificilmente podia fazer alguma coisa no que diz respeito à investigação. O ônus da investigação de crimes recaía sobre os juízes de paz (*justices of the peace*). Estes, que surgiram no século XIV, eram residentes da comunidade nomeados pelo rei para atuarem como guardiões da paz. Eles recebiam poderes para investigar crimes cometidos na comunidade local e para apresentar o acusado perante o *grand jury*. Os poderes consignados ao comissário e aos juízes de paz não tinham a intenção de substituir a acusação privada. O comissário e os juízes de paz entravam em cena apenas quando as pessoas comuns não tinham interesse em levar a questão adiante (CRITCHLEY, 1972; DEVLIN, 1958; 1966; LEE, 1901; YARDLEY, 1979).

A Lei Penal Mariana de 1555 (veja LANGBEIN, 1974, p. 255-258) fortaleceu ainda mais o papel dos juízes de paz no processo de acusação. De acordo com essa lei, o dever de iniciar a ação cabia aos cidadãos prejudicados. Mas ela atribuía aos juízes de paz um papel mais ativo na investigação de crimes graves. Tão logo fosse apresentada acusação por um acusador privado, o juiz de paz assumia a responsabilidade de interrogar o acusado e as testemunhas. De forma mais significativa, essa lei concedia aos juízes de paz o poder de obrigar o acusado, o acusador e as testemunhas a comparecerem em juízo. Por causa da intervenção dos juízes de paz, um cidadão queixoso,

mesmo que houvesse perdido interesse na ação, não tinha mais liberdade para se retirar do processo. A autoridade que tinham os juízes de paz para obrigar as partes a participarem do julgamento assegurava que um número maior de crimes chegaria a ser julgado (LANGBEIN, 1974).

O sistema composto por comissário, juízes de paz e acusadores privados funcionou muito bem até o advento da Revolução Industrial. Com o inchaço da população urbana e o aumento da criminalidade, esse antigo mecanismo de aplicação da lei ficou inadequado.

Por causa da necessidade de mecanismos mais eficientes de aplicação da lei, apareceram em Londres no século XVIII grupos organizados de agentes privados conhecidos como *thief takers* (captadores de ladrões). Esses policiais privados ganhavam a vida capturando criminosos procurados. Para encorajar os cidadãos a perseguirem criminosos, o governo lançou e manteve um sistema de recompensas pecuniárias. De acordo com esse sistema, promotores privados ganhavam uma recompensa em dinheiro pela acusação de perpetradores de determinados crimes contra a propriedade. Esse sistema de recompensas, todavia, encorajou sem querer a acusação falsa e o falso testemunho. Em troca de ganhos monetários, os caçadores de recompensa pouco se importavam em distinguir o culpado do inocente. Historiadores jurídicos observaram que a introdução do advogado de defesa no julgamento criminal nesse período foi em grande parte motivada pela preocupação com a acusação falsa e com o falso testemunho (ALSCHULER, 2005; CRITCHLEY, 1972; EMSLEY, 1991; LANGBEIN, 1974, 2003; MCMULLAN, 1996).

A criação da Polícia Metropolitana de Londres em 1829 marcou o início de um novo período da persecução penal. Na época da criação da polícia profissional, o sistema de ação penal privada continuava em plena vigência. Mas os cidadãos quase sempre relutavam em exercitar o direito à acusação. À medida que o sistema jurídico ficava mais complexo, era cada vez mais difícil para os cidadãos lidarem sozinhos com a acusação. Eles precisavam contratar *solicitors* (consultores jurídicos) e *barristers* (advogados) para fazer isso em seu lugar. O custo da contratação de profissionais do direito tornou-se um obstáculo para as pessoas de menor poder aquisitivo. Muitos cidadãos preferiram deixar o assunto da acusação com o comissário ou com os juízes de paz (DEVLIN, 1958; GLENDON, GORDON, & OSAKWE, 1985).

Após a criação da Polícia Metropolitana de Londres, coube à polícia assumir a responsabilidade pela acusação. As persecuções policiais, assim como aquelas conduzidas pelo comissário e pelos juízes de paz, não tinham natureza pública. Na tradição inglesa de ação penal privada, o direito de perseguir criminosos e de promover a ação penal não era restrito à vítima

ou aos seus parentes. Esse direito se estendia a todos os membros do público. Essa prática tinha raízes na ideia multicientenária de que era dever de todos os cidadãos defender a lei e preservar a paz do rei. Toda acusação policial era uma acusação privada. Ao dar início a uma ação penal, o policial estava agindo não em virtude de seu cargo, mas como um cidadão interessado na manutenção da ordem pública (DEVLIN, 1958; FITZGERALD & MUNCIE, 1983; MORRISON, 1973).

Ao lado do sistema de ação penal privada, também se desenvolveu um instituto pouco significativo de ação penal oficial. A ação penal oficial era a princípio dever dos advogados do rei. Durante a Idade Média, a Coroa contratava advogados para representá-la em vários tribunais. A ação penal oficial significava apenas que um advogado do rei interviria quando um crime envolvesse algum interesse relevante para a Coroa. No século XV, os numerosos advogados do rei foram substituídos por um único advogado, conhecido como *attorney general* (procurador-geral) (DEVLIN, 1958; VAN CAENEGEM, 1991). Além do seu dever em tribunais civis, o *attorney general* examinava ações penais para conferir se havia algum interesse real envolvido. O *attorney general* tinha autoridade para promover e poder para encerrar uma ação penal. Ele podia encerrar uma ação penal interpondo um mandado de *nolle prosequi*. O poder de apresentar esse mandado baseava-se na noção de que todas as ações penais eram promovidas em nome do rei. O poder do *attorney general* de encerrar uma ação penal servia de freio contra o abuso do direito de ação penal privada (DEVLIN, 1958; GOLDSTEIN, 1981).

Até 1879, somente o *attorney general* poderia ser descrito como promotor de justiça. Em 1879, foi criado o posto de *director of public prosecutions* (diretor de ações penais públicas). A partir daí, o *director of public prosecutions* assumiu boa parte da responsabilidade anteriormente desempenhada pelo *attorney general*. O *director*, nomeado pelo Ministro do Interior inglês, trabalhava sob a superintendência do *attorney general* e tinha autoridade para promover ações contra crimes graves passíveis de denúncia. O número de ações em que o *director* tinha direito a intervir, contudo, era pequeno. A maioria das ações penais era ainda deixada para o sistema de ação penal privada. Até a década de 1950, estimava-se que o *director* cuidava apenas de 8% das ações envolvendo crimes denunciáveis (DEVLIN, 1958).

A limitação da autoridade do *director of public prosecutions* destacava o desejo de manter o sistema de ação penal privada. A criação do posto de *director of public prosecutions* não foi a primeira tentativa de instituir um sistema de ação penal pública na Inglaterra. Em 1534, Henrique VIII fez uma tentativa séria de introduzir algumas formas de ação penal pública. Ele propôs

que os *sergeants of the common weal* (sargentos da comunidade comum) assumissem a responsabilidade de oferecer a ação penal. Os *sergeants of the common weal* eram policiais alocados nos condados. Conceder a eles a autoridade de promover ações e de fazer valer o sistema penal em todo o país seria um passo importante em direção à instituição do sistema de ação penal pública. A proposta, todavia, foi rejeitada pelo Parlamento em favor de se manter a tradição da ação penal privada (GROSMAN, 1969). No século XIX, reformadores jurídicos e filósofos como Sir Robert Peel, Jeremy Bentham e Patrick Colquhoun discutiam de maneira favorável a ideia da ação penal pública e defendiam a reforma da ação penal privada. Tal defesa também não resultou em reformas significativas da ação penal privada (veja KURLAND & WATERS, 1959; RADZINOWICZ, 1957).

A ausência de um sistema público de acusação, juntamente com a relutância dos cidadãos em exercer o direito à ação penal privada, criou na Inglaterra um sistema *de facto* de acusação policial. As desvantagens da acusação pela polícia eram evidentes. Movidos pelo zelo da aplicação da lei, os policiais muitas vezes eram incapazes de julgar de forma objetiva a suficiência das provas. Não era incomum que a polícia ocultasse da defesa alguma prova inocentadora ou provas relevantes para o tribunal, com o propósito de garantir a condenação. A falta de objetividade na tomada de decisão acusatória resultou muitas vezes em erro judicial. A incompetência da advocacia policial às vezes possibilitava também que criminosos verdadeiramente culpados escapassem da condenação e da pena (GRAHAM, 1983; JUSTICE, 1970; SMITH, 1993).

A insatisfação com a acusação policial levou, por fim, à criação, em 1985, do *Crown Prosecution Service*, o Ministério Público inglês. O *Crown Prosecution Service* é o primeiro órgão inglês de ação penal pública, no sentido moderno da expressão. A criação dessa promotoria pública marcou o rompimento com a tradição ancestral de ação penal privada e foi celebrado como uma inovação constitucional significativa na Justiça Penal britânica (FIONDA, 1995; BENNION, 1986). Embora o cargo de promotor de justiça tenha finalmente chegado à Inglaterra, isso aconteceu centenas de anos depois de seu surgimento no continente europeu.

A ação penal pública na Europa continental

Antes do século XIII, a natureza e a condução do processo criminal eram praticamente idênticas na Inglaterra e no continente europeu. Em princípios da Idade Média, a vingança privada era a principal resposta ao crime. O crime entre vizinhos assumia feições bélicas. Rixas violentas e sangrentas podiam durar anos, até que uma das famílias fosse completamente aniquilada. Mais tarde, os reis e príncipes impuseram restrições ao direito de vingança

privada. Surgia um sistema de indenização semelhante ao *wergild* inglês. As vítimas de crimes deveriam buscar indenização do criminoso antes de recorrer à vingança. Com a emergência dos tribunais de justiça, as vítimas perderam o direito de vingança. Elas tinham que levar o litígio até o tribunal para que este o julgasse (BAR, 1916; ESMEIN, 1913).

A chegada da resolução judicial de litígios não mudou a natureza do crime. O crime era ainda uma questão privada. Continuava sendo dever da parte ofendida apresentar uma acusação perante o tribunal. O direito penal substantivo, no intuito de atender aos fins públicos e sociais, limitava-se a impor restrições à vingança privada. O tribunal fornecia às partes prejudicadas um fórum para a busca de compensação privada. Em juízo, a culpa ou inocência era determinada por uma sentença divina obtida por meio de batalha, ordálio, juramento e auxílio de ajuramentados (ESMEIN, 1913; VAN CAENEGEM, 1991).

O século XIII testemunhou mudanças significativas na condução do julgamento de crimes. Os métodos arcaicos de prova cederam terreno à determinação racional da culpa. O continente, contudo, não escolheu o sistema acusatório. Ele preferiu o sistema inquisitório. Desse ponto em diante, a Europa continental se afastou da Inglaterra nos métodos tanto de julgamento quanto de acusação criminal. A Inglaterra se agarrou à ação penal privada, enquanto o continente passou a adotar a ação penal pública (MUELLER & POOLE-GRIFFITHS, 1969).

No continente, a mudança para a ação penal pública e a adoção de métodos racionais de prova foram, em grande parte, devidas a uma nova forma de ver o crime. Durante os séculos XII e XIII, o sistema tribal no continente foi aos poucos dando lugar aos estados territoriais. Com o surgimento da concepção moderna de Estado, os reis começaram a se interessar mais pela manutenção da ordem pública. Por ofender o interesse da sociedade como um todo, o crime não era mais visto apenas como uma questão privada, mas também como uma infração pública. Diante dessa nova noção de crime, o soberano não mais se satisfazia em deixar a persecução ao crime à iniciativa incerta de vingadores privados. Foram criados órgãos oficiais para conduzir as investigações e promover a ação penal (ESMEIN, 1913; VAN CAENEGEM, 1991).

Esse maior envolvimento oficial em assuntos penais contribuiu para o abandono dos métodos arcaicos de determinação da culpa. Não teria sentido para as autoridades conduzir uma investigação racional e depois ignorar os resultados em favor do veredicto de Deus. Além disso, à medida que novas autoridades eram criadas para promover a ação penal, tornava-se insensato e desarrazoado exigir que autoridades públicas enfrentassem riscos pessoais, tais como o duelo judicial, para provar a culpa do acusado. A nova percepção

do crime e o envolvimento oficial em questões criminais facilitaram enormemente o abandono de métodos arcaicos de prova (ESMEIN, 1913; LANGBEIN, 1974; VAN CAENEGEM, 1991).

A promoção oficial da ação penal surgiu no continente no século XII (ESMEIN, 1913; VAN CAENEGEM, 1991), mas seu desenvolvimento completo se daria apenas nos séculos XVII e XVIII (LANGBEIN, 1974). Tome, por exemplo, o seu desenvolvimento na França. Na França, antes do século XII, a perseguição ao crime era uma questão privada. A lei restringia o direito de apresentar acusação exclusivamente à parte ofendida. Era ilegal que qualquer um apresentasse uma acusação, com exceção da parte ofendida e de sua família. Em caso de homicídio doloso ou culposo, o acusador só seria ouvido se tivesse laços de sangue com o falecido ou se fosse viúva do mesmo. A única exceção à regra era que, se o falecido não tivesse deixado familiares ou parentes para vingá-lo, o rei tinha autoridade para apresentar a acusação em nome do morto (ESMEIN, 1913).

Contudo, na maioria das vezes, não haveria julgamento criminal a menos que houvesse um acusador privado. A lei não permitia que um criminoso fosse levado a julgamento sem que houvesse um acusador privado. Dispensava-se a intervenção de um acusador privado quando o criminoso fosse capturado em flagrante. Nesse caso, o juiz poderia julgar a ação com base no testemunho daqueles que o capturaram. Mesmo em crimes cometidos às escondidas, havia maneiras de instaurar um processo penal sem um acusador privado. A detenção por suspeita e o inquérito pelo país eram dois exemplos desses procedimentos.

Em caso de prisão sob suspeita, a autoridade pública poderia deter um suspeito e convidar a vítima do crime a se apresentar e fazer uma acusação. A autoridade pública não tinha o poder de pressionar pela aplicação da pena em seu próprio nome. Mas podia prender um suspeito e anunciar publicamente que estava detido sob suspeita de haver cometido determinado crime. O anúncio prestava-se a convidar a vítima e seus parentes a se constituírem como acusadores. Se a acusação não fosse apresentada dentro de determinado prazo, o suspeito poderia ser liberado e considerado absolvido. Na situação de inquérito pelo país, a autoridade pública poderia prender uma pessoa sob suspeita de crime grave e persuadi-la a se submeter ao inquérito pelo país. Caso o suspeito concordasse, a autoridade poderia levá-lo a julgamento sem que houvesse acusador privado. Por lei, o consentimento do suspeito era absolutamente necessário. Na prática, a autoridade pública muitas vezes mantinha o suspeito na detenção com pouca comida e bebida a fim de “persuadi-lo” a dar seu consentimento (ESMEIN, 1913).

O rei francês empregava o *procureur du roi* (procurador do rei) para proteger seus próprios interesses. O *procureur du roi* só intervinha em assuntos criminais quando o crime envolvesse um interesse relevante

do rei. Apenas em ocasiões muito raras a autoridade pública intervinha de maneira eficiente. Com o surgimento do conceito de estado territorial no século XII, o rei passou a se interessar mais pela repressão do crime. Inicialmente, o *procureur du roi* promovia a ação penal apenas quando ninguém se interessasse em dar seguimento à questão. Mais tarde, ele assumiu a atribuição de oferecer a ação penal independente de haver ou não uma queixa privada. À medida que o *procureur du roi* foi assumindo maior responsabilidade pela ação penal, seu título perdeu o qualificativo “*du roi*” (do rei) e foi englobado pela criação do *ministère publique* (ministério público). No século XVI, o *ministère publique* ganhou o controle exclusivo sobre a ação penal. Embora os indivíduos ainda mantivessem o direito de perseguir o crime, seus direitos estavam limitados à busca de indenização. Apenas o *ministère publique* tinha autoridade para buscar sanções penais (LANGBEIN, 1974; SHEEHAN, 1975; VOUIN, 1970; WEST, DESDEVICES, FENET, GAURIER, & HEUSSAFF, 1993).

O desenvolvimento na Alemanha seguiu caminho semelhante. Até o século XII, não havia promoção oficial da ação penal. Não existiria julgamento se não houvesse um acusador privado. A partir do século XII, o processo privado gradualmente cedeu lugar à ação penal pública. Assim como na França, autoridades públicas de início promoviam ações penais somente quando não houvesse queixosos privados. Mais tarde, elas assumiram a ação penal independente da presença ou ausência de uma queixa privada. Graças à lei destinada a desencorajar a promoção privada da ação penal, já no século XVI as autoridades públicas alemãs desempenhavam um papel predominante na ação penal. De acordo com o procedimento estabelecido pela lei, se um indivíduo insistisse em seu direito de instaurar uma ação penal, ele devia dar como garantia o valor que o tribunal estipulasse. Essa reserva deveria ser utilizada para indenizar o acusado caso o promotor não conseguisse provar a culpa do mesmo. Se um indivíduo se recusasse a dar a garantia, ele iria preso junto com o acusado antes do julgamento. Não surpreende que procedimentos como esses tenham intimidado a ação penal privada (ESMEIN, 1913; LANGBEIN, 1974).

Embora no século XVI a ação penal pública já fosse um instituto bem estabelecido na Europa continental, o atual sistema de acusação foi desenvolvido em meados do século XIX, na esteira da Revolução Francesa. A estrutura básica da ação penal pública francesa foi criada pelo Código de Processo Penal de 1808. A influência do Ministério Público instituído na era napoleônica não ficou restrita ao território da França. O sistema francês de promotoria pública, assim como seu Código Civil, foi levado a outros países pela expansão militar de Napoleão. Os países e as regiões que caíram sob a influência francesa, por exemplo, Bélgica, Holanda, Luxemburgo, Itália,

a região ocidental da Alemanha e parte da Polônia, reconquistaram suas soberanias mais tarde. Mas eles ou mantiveram o sistema francês de ação penal pública ou reformaram seus sistemas com base no modelo francês (FIONDA, 1995; ŠELIH, 2000; ALBRECHT, 2000; KÜHNE, 1993; CORSO, 1993; SPIELMANN & SPIELMANN, 1993; SWART, 1993).

O sistema alemão de ação penal é um caso ilustrativo. Existia originalmente na Alemanha um juiz de instrução que assumia a responsabilidade pela investigação, pela acusação e pelo julgamento. Em meados do século XIX, a Alemanha abandonou seu antigo sistema e instituiu um sistema de acusação baseado no modelo francês. Ela separou a acusação da investigação e do julgamento. Após a reforma, os promotores de justiça alemães, a exemplo dos promotores de justiça franceses, foram investidos de independência em relação à polícia e ao judiciário. Com exceção de alguns casos envolvendo crimes menos graves, os promotores adquiriram o monopólio sobre a acusação (ALBRECHT, 2000; FIONDA, 1995).

O desenvolvimento da ação penal pública nos Estados Unidos da América

O desenvolvimento no período colonial

O *common law* inglês é um ancestral imediato do direito norte-americano, mas o desenvolvimento inicial deste foi influenciado também por outras culturas jurídicas europeias. No que diz respeito à ação penal, o *attorney general* inglês, o *ministère publique* francês e o *schout* holandês impactaram o método de acusação no período inicial da colônia. Nenhum desses atores, contudo, pode alegar ser o predecessor direto do promotor norte-americano. O ofício de promotor de justiça, normalmente na figura do *district attorney* (promotor do distrito), é produto da experiência norte-americana, sendo uma contribuição diferenciada e exclusiva dos Estados Unidos (KRESS, 1976).

No início do período colonial, os colonos trouxeram consigo da Inglaterra a estrutura do tribunal, o *grand jury* (júri de acusação) e o *petit juri* (júri de julgamento), o *sheriff*, os juízes de paz e a tradição da ação penal privada (FLAHERTY, 1969; FRIEDMAN, 1985; PENCAK & HOLT, 1989). O sistema de ação penal privada, contudo, não durou muito tempo nos Estados Unidos. O sistema jurídico inglês, nascido na Idade Média, favorecia pessoas ricas e com status. No sistema de ação penal privada, um indivíduo não podia contar com a proteção do estado. Ele precisava se vingar e arcar com os custos da ação penal. O monarca não era um símbolo de justiça a cuja proteção as pessoas comuns pudessem recorrer. Ele era simplesmente um indivíduo que ocupava a posição mais elevada na sociedade, interessado em proteger somente seus próprios interesses (JACOBY, 1980). Muitos colonos foram para a América em busca de justiça e igualdade, sendo compreensível

que muitos deles vissem a ação penal privada como incompatível com seus ideais de justiça (AUMANN, 1969; CHAPIN, 1983; PENCAK & HOLT, 1989).

Diante do desafio de sobreviver num ambiente estrangeiro, os colonos precisavam instituir um sistema eficaz de controle do crime. A ação privada não se prestava a atingir essa meta. As vítimas de crimes quase sempre relutavam vigorosamente em perseguir criminosos. Quando os queixosos eram fracos ou pobres demais para promover a ação penal, os criminosos se encontravam, em essência, imunes à pena. Armados com a experiência adquirida ao enfrentar anteriormente o sistema judiciário, criminosos experientes muitas vezes levavam vantagem sobre queixosos inocentes. Eles poderiam facilmente vencer os queixosos que não tinham experiência com os procedimentos judiciários. As desvantagens da ação penal privada eram também demonstradas na ocorrência frequente de suborno e falso testemunho. Por causa do descontentamento com a ação penal privada, algumas formas de ação penal pública surgiram pouco depois de os colonos se estabelecerem na América (CARDENAS, 1986; DAVIS, 2001).

O *attorney general* (procurador-geral) desempenhou um papel notável no desenvolvimento inicial da ação penal pública. Nas colônias, assim como na metrópole, o *attorney general* era responsável por proteger os interesses do rei inglês em tribunais civis e criminais. De princípio, seu papel nas ações penais era limitado. Ele não poderia intervir a menos que um crime violasse diretamente o interesse da Coroa. A situação mudou com a crescente demanda por mais envolvimento do governo na repressão ao crime. O conceito de que o crime era uma infração tanto privada quanto pública ganhou aceitação muito mais rápida nas colônias do que na Inglaterra. Com essa nova percepção do crime, houve uma demanda crescente por maior envolvimento do governo na acusação. O *attorney general*, sendo a autoridade que desempenhava uma função parecida com a ação penal pública, foi jogado no centro do palco e começou a desempenhar um papel mais ativo na acusação (CHITWOOD, 1905; MCCAIN, 1954; PAGE, 1959; SEMMES, 1938).

Na Virgínia, o primeiro *attorney general* foi nomeado em 1643. Seu dever era a princípio proteger os interesses do rei inglês e fornecer pareceres consultivos aos tribunais. No último quartel do século XVII, o *attorney general* começou a assumir a responsabilidade pela ação penal pública. A autoridade desse procurador-geral valia em toda a colônia. Enquanto a população era pequena, ele conseguia lidar com todos os casos. À medida que a colônia crescia e sua população aumentava, o *attorney general* não conseguia mais cuidar de todos os casos. Ele teve que nomear suplentes para cuidarem de casos em condados periféricos. Já em 1711, cabiam ao *attorney general* e seus *deputy attorneys general* (procuradores-gerais suplentes) praticamente todas as ações penais e julgamentos envolvendo crimes graves

(CHITWOOD, 1905).

O medo profundo do poder governamental centralizado entre os colonos teve um papel importante na formação dos primeiros aparatos de promoção de ações penais. O desejo de manter a autonomia local preparou o terreno para o desenvolvimento da forte tradição norte-americana de governo local, incluindo o judiciário descentralizado e a estrutura local de acusação. Os *deputy attorneys general* eram originalmente nomeados pelo *attorney general*. Mas os tribunais locais logo assumiram a responsabilidade de selecionar os suplentes do procurador-geral. Esses *deputy attorneys general* tornaram-se autoridades locais, em vez de alcançarem toda a colônia. À medida que o *attorney general* perdia controle sobre os *deputy attorneys general*, a persecução do crime também se tornava em grande parte uma questão local (CHITWOOD, 1905).

Um padrão similar de desenvolvimento foi observado em outras colônias. Maryland nomeou seu primeiro *attorney general* em 1666. New Hampshire criou o cargo em 1683. Em New Hampshire, o *attorney general* recebeu desde o início a responsabilidade de apresentar todos os casos perante o *grand jury*. Nas Carolinas, os cargos de *attorney general* e de *deputy attorneys general* foram criados em 1738. Eles receberam o poder de iniciar a ação penal em todos os casos envolvendo crimes graves (MCCAIN, 1954; PAGE, 1959; SEMMES, 1938).

O desenvolvimento da ação penal pública nas colônias holandesas merece um exame à parte. Essas colônias incluíam áreas que depois se tornaram Nova Iorque, Nova Jersey, Delaware e Pensilvânia. No princípio do período colonial, o método de acusação foi influenciado pelo cargo holandês de *schout*. O *schout* era tanto uma autoridade policial quanto uma autoridade judiciária. O *schout* tinha poder de prender e apresentar o suposto criminoso perante o tribunal. Os colonos holandeses trouxeram esse instituto para as colônias. Uma portaria emitida em 1660 pela Câmara de Amsterdã da Companhia das Índias Ocidentais descrevia o poder e o dever do *schout*. Ela dispunha que o *schout* “deve, *ex officio*, perseguir e promover ação penal contra todos os infratores, defraudadores e transgressores de quaisquer Editos, Códigos, Leis e Portarias que já tenham sido criados e publicados, ou que, a partir desta data, venham a ser promulgados e tornados públicos” (VAN ALSTYNE, 1952, p. 130).

Os ingleses assumiram o controle das colônias holandesas em 1655, mas não tentaram alterar a atividade do *schout*. Porém, essa autoridade deixou de ser chamada de *schout*. Ela recebeu o título de *sheriff*, continuando a desempenhar a função dupla de autoridade policial e de promotor da ação penal. Somente no início do século XVIII as colônias gradualmente separaram a responsabilidade pela aplicação da lei daquela da ação penal.

O *sheriff* retomou seu dever tradicional de garantir o cumprimento a lei. A função de promover a ação penal foi assumida pelo *deputy attorney general*. Na época, esse procurador-geral suplente começou a ser chamado em algumas das colônias de *district attorney* (promotor de justiça do distrito). Por exemplo, em Nova Iorque e Nova Jersey o cargo de *district attorney* tornou-se bem estabelecido na primeira metade do século XVIII. O legislativo de Massachusetts criou o cargo de *county attorney* (promotor de justiça do condado) em 1807 para desincumbir o *attorney general* da tarefa de gerenciar a ação penal pública em todo o estado (FISHER, 2003; JACOBY, 1980; VAN ALSTYNE, 1952).

Na Louisiana, o método de acusação foi influenciado pelo sistema francês. A França reivindicou essa região em 1682, mas seu primeiro povoado permanente foi fundado apenas em 1714. A primeira estrutura judiciária da colônia foi fundada seguindo o modelo francês em 1716. No topo dessa estrutura estava o Conselho Superior, o qual representava a autoridade de Luís XIV, funcionando como legislativo e como tribunal de última instância em ações civis e penais. Os tribunais da região aplicavam as principais leis e normas processuais francesas. A colônia também seguia o sistema francês de acusação (GOULKA, 2002; LEVASSEUR, 1996).

A França cedeu a Louisiana à Espanha em 1762. Para fortalecer seu controle na colônia, os governantes espanhóis substituíram grande parte do direito francês pelo direito espanhol. Mas não há provas de que tenham alterado de maneira substantiva o sistema de ação penal empregado pela França (BATIZA, 1958). Em 1800, a Espanha cedeu a Louisiana de volta à França. Três anos depois, em 1803, o território foi comprado pelos Estados Unidos. Quando os Estados Unidos compraram a Louisiana, adquiriram um território com uma tradição de direito civil. O *common law* anglo-americano, todavia, logo exerceu sua influência sobre o desenvolvimento jurídico do território (COFFEY & NORMAN, 1978; GOULKA, 2002; LAMBERT, 1992).

A adoção do Código Civil da Louisiana pelo legislativo territorial em 1808 atestava o desejo da população nativa de preservar o direito civil. A adoção desse código, cujo projeto sofreu forte influência do Código Civil de Napoleão, assegurava que conteúdos apreciáveis do direito civil permaneceriam embutidos no direito substantivo da Louisiana (BAUDOUIN, 1958). Mas as tentativas de preservar o direito civil tiveram sucesso apenas na área do direito privado. Em pouco tempo, instituições do *common law* prevaleceram em áreas como direito processual e comercial, bem como nos campos do direito público (COFFEY & NORMAN, 1978; LAMBERT, 1992).

A influência anglo-saxã predominou em várias áreas cruciais, incluindo o papel do juiz, a estrutura do julgamento, os procedimentos de instrução criminal e o método de acusação. Em 1804, o Congresso investiu o poder

judicial do território no Tribunal Superior com três juízes e em quaisquer outros tribunais que o Conselho Legislativo viesse a criar. Isso preparou o campo para a criação de uma estrutura judiciária norte-americana na Louisiana. Outros institutos norte-americanos, tais como o julgamento pelo júri, o cargo de *attorney general* e de *district attorney*, também foram criados no território logo após a tomada de poder norte-americana. Embora o *ministère publique* francês fosse precursor da ação penal pública na Louisiana, essa instituição não teve impacto direto sobre o desenvolvimento da ação penal pública depois que o território passou ao controle norte-americano (GOULKA, 2002; LAMBERT, 1992).

O desenvolvimento após a Revolução Norte-Americana

A ação penal pública ganhou novo desenvolvimento após a Revolução dos Estados Unidos. A criação do sistema federal de acusação marcou um avanço significativo após essa revolução. A Lei do Judiciário de 1789, que instituiu o sistema judiciário federal, criou também um sistema federal de acusação. Essa lei consignava que em cada tribunal distrital da federação fosse nomeada “uma pessoa de notável saber jurídico para atuar como promotor de justiça dos Estados Unidos em tal distrito, o qual deverá jurar ou declarar solenemente que desempenhará fielmente sua função, cujo dever será o de processar em tal distrito todos os criminosos e contraventores, com jurisdição segundo a autoridade dos Estados Unidos, e todas as ações civis nas quais os Estados Unidos possam ter interesse” (“Instituição dos tribunais judiciários dos Estados Unidos”, 1789).

Na época da Revolução Norte-Americana, a ação penal pública era um instituto bem estabelecido nos estados. É compreensível que o governo federal tenha-se pautado na experiência estadual ao instituir o sistema federal de acusação. O procurador-geral dos Estados Unidos (*U.S. attorney general*) encontrava-se no topo da hierarquia federal de acusação. De início, ele desempenhava um papel limitado na supervisão e na promoção da ação penal no âmbito federal. Os membros do Ministério Público federal, assim como os promotores de justiça (*prosecutors*) locais, gozavam de grande independência na condução de suas tarefas. Eles praticamente não estavam sujeitos a qualquer controle ou supervisão centralizados. A influência do procurador-geral começou a crescer durante a Guerra Civil, quando ele assumiu a responsabilidade pela superintendência dos membros do Ministério Público federal dos Estados Unidos em todos os distritos do país. A autoridade do procurador-geral ficou ainda mais fortalecida com a criação do Ministério da Justiça em 1870. Em princípios do século XX, a autoridade do procurador-geral para controlar a ação penal federal encontrava-se firmemente estabelecida (FRIEDMAN, 1985; JACOBY, 1980).

A instituição da estrutura centralizada, contudo, não levou a um controle rígido centralizado da acusação em nível federal. De acordo com a tradição norte-americana de que questões locais deveriam ser resolvidas localmente, o procurador-geral se abstinha de interferir no trabalho diário dos membros da instituição e raramente exercia seu poder de modificar as decisões dos mesmos. Os procuradores da República dos Estados Unidos continuavam a gozar de autonomia considerável para decidir sobre a promoção de ações penais nos distritos (GOLDMAN & JAHNIGE, 1985; NATIONAL COMMISSION ON LAW OBSERVANCE AND ENFORCEMENT, 1931).

O sistema estadual de acusação permaneceu inalterado nas primeiras décadas após a revolução. Os membros do Ministério Público em quase todos os estados eram autoridades nomeadas. Por exemplo, os promotores de justiça da Pensilvânia eram nomeados pelo governador, e os da Carolina do Norte, pelo procurador-geral do estado (*state attorney general*). Em Connecticut e na Virgínia, os tribunais locais detinham o poder de nomear promotores. Essa condição de ser nomeado limitava a independência e a autonomia dos mesmo, pois, no desempenho de suas obrigações, precisavam levar em conta as aspirações dos atores que os haviam nomeado. Por tal razão, os promotores não eram figuras proeminentes no sistema de Justiça Penal. Na maioria dos estados, os promotores estavam associados aos tribunais e eram vistos como subordinados aos verdadeiros poderes dos juízes. As constituições estaduais, embora normalmente designassem o *sheriff* como autoridade policial na localidade, na maioria das vezes calava-se quanto ao status do promotor de justiça (JACOBY, 1980).

O status dos membros do Ministério Público começou a se elevar em meados do século XIX, à medida que seu cargo ganhava status eletivo. Uma vez que faziam parte da estrutura judiciária, a mudança no método de seleção dos promotores de justiça veio de mãos dadas com a da seleção de juízes. As constituições estaduais permitiam, inicialmente, a seleção de juízes pelo legislativo, pelo governador ou por ambos. Esse sistema foi posto de lado durante a onda democrática jacksoniana (FARNSWORTH, 1983). Em 1812, a Geórgia emendou sua constituição instituindo a eleição popular para juízes de primeira instância. Em 1832, o Mississippi tornou-se o primeiro estado a exigir eleições para todos os juízes. O estado de Nova Iorque seguiu o exemplo em 1846. Na época da Guerra Civil, a maioria dos estados da União havia instituído eleições para o judiciário. Todos os estados que se juntaram à União depois disso também adotaram o sistema eletivo para a seleção de membros do judiciário (BERKSON, 1980; FRIEDMAN, 1985).

À medida que os estados passaram a adotar o sistema eletivo de

seleção judicial, eles igualmente incluíram os promotores no pleito. Mais uma vez o Mississippi tomou a frente ao inserir em sua constituição uma disposição exigindo eleições populares para promotores de justiça de seus distritos. Um padrão semelhante foi observado em outros estados. Em 1846, tanto Iowa quanto Nova Iorque instituíram eleições populares para os promotores. A Pensilvânia submeteu a escolha de promotores à votação popular em 1850 (GALIE, 1996; POSERINA, 1959; RAMSEY, 2002).

Até o início do século XX, dos 48 estados da União, apenas a Flórida, Nova Jersey e Connecticut não contavam com um sistema eletivo para a seleção de promotores. Não surpreende que esses três estados não possuíssem também eleições para juízes. A Flórida emendou sua constituição em 1945 e adotou o sistema eletivo para a seleção de juízes e de promotores. Com a Flórida se juntando aos demais estados, Nova Jersey e Connecticut continuaram como os únicos que ainda mantinham o sistema de nomeação para a seleção de juízes e promotores (FRIEDMAN, 1985).

Em muitos estados, a mudança para o sistema eletivo de seleção de promotores resultou da inclusão de emendas em suas constituições estaduais. Nesses estados, os promotores adquiriram ao mesmo tempo um status constitucional. Em 1912, dos 48 estados da união, 38 dispunham sobre o promotor de justiça em suas constituições estaduais. No restante dos estados, embora suas constituições não dispusessem sobre esse cargo diretamente, elas continham disposições indicando que caberia a seus legislativos instituir o cargo de promotor de justiça (DE LONG & BAKER, 1932).

Ganhar status eleitoral foi um dos eventos mais significativos da história da promotoria norte-americana, pois transformou o papel e a imagem do promotor e deu ensejo ao surgimento das características mais distintivas do sistema de acusação dos Estados Unidos. Pouco depois de ganhar status eleitoral, os promotores adquiriram o monopólio sobre a acusação. Embora a ação penal pública tenha aparecido já na época colonial, demorou bastante tempo até que ela substituísse a ação penal privada. Até a primeira metade do século XIX, a ação penal pública coexistiu com a ação penal privada. Em Nova Iorque, por exemplo, em princípios do século XIX, advogados particulares, a despeito da existência do cargo de promotor do distrito, iniciavam ações criminais em juízo. Não era incomum que advogados criminais experientes representassem a vítima em um caso e o réu em outro. Quando os promotores ganharam status eleitoral, contudo, a promoção privada da ação penal ficou com seus dias contados (RAMSEY, 2002).

Na segunda metade do século XIX, os membros do Ministério Público começaram a assumir a ação penal. Os advogados particulares deixaram

de representar as vítimas em juízo. As resoluções privadas em processo criminais também deixaram de existir. Muitos estados aboliram a ação penal privada e concederam aos promotores públicos a autoridade exclusiva de instaurar a ação penal. A crescente demanda pública por controle mais efetivo do crime foi classificada como a razão mais importante para que os promotores adquirissem o monopólio da ação penal (RAMSEY, 2002).

Em meados do século XIX, como resultado da industrialização e do crescimento rápido da população urbana, a deterioração da ordem pública tornou-se preocupante nas cidades norte-americanas. Diante de tumultos, do aumento da criminalidade, da violência e da desordem geral, houve uma demanda pública crescente por maior responsabilidade do estado pela repressão ao crime. Não é coincidência que a mudança para a ação penal pública completa acontecesse na mesma época da instituição das modernas forças policiais nas maiores cidades dos Estados Unidos. A criação da força policial urbana e a mudança para o modelo de ação penal completamente pública foram impulsionadas pela mesma ideia de que o patrocínio da Justiça Penal pelo estado seria o mais eficiente para atingir a meta de controlar o crime (MCCONVILLE & MIRSKY, 1995; MILLER, 1999; STEINBERG, 1984, 1989).

Discussão

O moderno sistema norte-americano de acusação tornou-se uma instituição solidamente estabelecida em princípios do século XX. Porém, muitas de suas características foram moldadas na segunda metade do século XIX. O leque amplo de obrigações confiadas ao promotor norte-americano, bem como sua descrição em grande parte não controlada, fazem desta uma figura ímpar não apenas no sistema de Justiça Penal dos Estados Unidos, mas também nos sistemas de Justiça Penal do mundo. Para que se entenda plenamente o atual sistema de acusação norte-americano, contudo, é preciso explorar o contexto histórico-cultural dentro do qual ele evoluiu. Uma análise comparativa da evolução do sistema de acusação norte-americano em face do desenvolvimento dos sistemas europeus é especialmente útil para que entendamos as diferenças entre eles. Em comparação com os sistemas de acusação da Europa, o sistema norte-americano conta com algumas características distintivas.

Eliminação completa da ação penal privada

O surgimento da ação penal pública na Europa não chegou a eliminar a ação penal privada. Na Inglaterra, a Lei de Ação Penal (HASBURY'S STATUTES OF ENGLAND AND WALES, 1989, p. 944-967), que instituiu promotoria pública, preserva o direito de ação penal privada.

Essa lei determina especificamente que a criação do Ministério Público inglês (*Crown Prosecution Service*) não deve “impedir qualquer pessoa de instaurar ou dar andamento a processos penais” (PROSECUTION OF OFFENCES ACT, 1985, §6). A Comissão Real para o Processo Penal recomenda em seu relatório a instituição de um sistema público de acusação enfatizando a importância de se preservar o direito da ação penal privada. Segundo o ponto de vista da comissão, o direito de ação penal privada serve como “salvaguarda máxima para o cidadão contra a inação por parte das autoridades” (ROYAL COMMISSION ON CRIMINAL PROCEDURE, 1981, ¶ 7.47).

Na França, os indivíduos têm direito de mover ações em tribunais criminais para buscar indenizações. A abertura de processos por particulares não equivale a uma ação penal, pois a lei concede somente ao promotor de justiça o poder de pleitear sanções penais. Porém, a abertura de processos em tribunais criminais tem o efeito de compelir o promotor a instaurar uma ação penal. O promotor pode discordar da parte quanto à necessidade da ação e pode até mesmo pedir em juízo a absolvição do réu, mas sempre que um cidadão der início ao processo, o promotor é obrigado a instaurar a ação penal (WEST ET AL., 1993).

Na Alemanha, a promotoria pública é a única com poderes para instaurar a ação penal em casos que envolvam crimes graves. Mas o Código de Processo Penal alemão preserva o direito da ação privada em alguns crimes específicos que possam não dizer respeito aos interesses públicos, por exemplo, a calúnia e crimes menos graves cometidos no âmbito familiar ou entre casais (FIONDA, 1995; TESKE & ALBRECHT, 1992). Para proteger os direitos das vítimas, a lei alemã também disponibiliza canais para que se conteste a decisão tomada por um promotor de não instaurar ação. A vítima pode protocolar uma queixa formal junto ao promotor chefe do distrito em que se desistiu da ação penal. Se o promotor chefe decidir manter a decisão do promotor de justiça de não promover a ação, a vítima pode recorrer a um tribunal de recursos. O juiz desse tribunal tem o poder de examinar as alegações do promotor e as provas relevantes. Caso encontre bases suficientes para a ação, o juiz pode ordenar que o promotor apresente formalmente as acusações (FIONDA, 1995; KURY, KAISER, & TESKE, 1994).

Contrastando com a situação na Europa, o sistema norte-americano não deixou aos indivíduos qualquer direito de iniciar uma ação penal. Em fins do século XIX, à medida que os membros do Ministério Público ganhavam controle total sobre a acusação, o direito de ação penal privada era abolido. As vítimas de crimes tornaram-se meros queixosos ou testemunhas sem qualquer poder de iniciar ou conduzir uma ação penal. Embora esteja além

do escopo deste artigo examinar a fundo as razões dos diferentes caminhos tomados pela ação penal privada na Europa e nos Estados Unidos, vale a pena observar que a falta de raízes históricas profundas da ação penal privada nos Estados Unidos talvez tenha sido a principal razão de seu desaparecimento. Na Europa, o direito à vingança e à ação penal privada foi considerado durante muitos séculos um dos direitos inalienáveis de liberdade (BAR, 1916; ESMEIN, 1913; FORSYTH, 1852; PLUCKNETT, 1956). Raízes históricas profundas podem ter desempenhado um papel significativo na preservação desse direito na Europa. Nos Estados Unidos, em contraposição, a ação penal pública surgiu pouco depois de os colonos se instalarem por lá. Essa fraca ligação histórica explica o porquê de esse instituto ter sido aí facilmente abolido com o surgimento da ação penal pública.

Promotores enquanto autoridades eleitas em nível local

O status do promotor norte-americano enquanto autoridade eleita se destaca como uma das características mais distintivas do sistema norte-americano de acusação. No continente europeu, o cargo de promotor de justiça evoluiu a partir de uma autoridade nomeada com poderes para instaurar a ação penal. Na França, o procurador do rei era nomeado pelo próprio rei. Na Alemanha, a autoridade responsável pela acusação, conhecida como juiz de instrução, era nomeada pelo lorde (ESMEIN, 1913; LANGBEIN, 1974). Foi a partir desses cargos preenchidos por nomeação que se desenvolveu a estrutura moderna da acusação. Hoje em dia, na França, todos os promotores atuam dentro de uma hierarquia comandada pelo Ministro da Justiça (FRASE, 1990; WEST ET AL., 1993) Na Alemanha, os promotores também fazem parte do serviço público civil (FRASE & WEIGEND, 1995; ALBRECHT, 2000).

Dentro da estrutura hierárquica, os promotores são obrigados a seguir as instruções de seus superiores. Deixar de cumprir ordens superiores pode resultar em ações disciplinares, as quais, por sua vez, podem afetar de maneira negativa o avanço na carreira de um promotor. A estrutura hierárquica, assim, provê um mecanismo melhor para que a promotoria pública siga uma política coordenada de acusação. Além disso, uma vez que os promotores não são eleitos, eles não estão sujeitos a pressões políticas quando tomam decisões de acusação (ALBRECHT, 2000; FEENY, 1998; FIONDA, 1995; HUBER, 1996; BLANKENBURG & TREIBER, 1985; VERREST, 2000; WHITMAN, 2003).

No sistema norte-americano, os promotores fazem parte de um sistema de Justiça Penal que é extraordinariamente descentralizado e fragmentado. Os promotores não se encontram organizados numa estrutura hierárquica de abrangência nacional. Em vez disso, são eleitos em nível local e devem

prestar contas apenas ao seu eleitorado. Reconhece-se amplamente que o processo político desempenha um papel significativo na configuração do cargo de promotor nos Estados Unidos. Enquanto autoridade eleita, o promotor deve responder às pressões da comunidade. A falta de estrutura hierárquica torna difícil, se não impossível, haver uma coordenação em nível nacional das políticas de acusação. Surgem também preocupações quanto à responsabilidade do promotor num sistema que prescinde do controle hierárquico. Argumenta-se que a ausência de supervisão possa resultar em decisões de acusação injustas e arbitrárias (K. C. DAVIS, 1969; GERSHMAN, 1992; VORENBERG, 1981).

Alguns analistas argumentam que, no sistema norte-americano, o controle sobre o poder acusatório encontra-se, em última análise, na responsabilidade do promotor perante seu eleitorado (PIZZI, 1993; ZACHARIAS, 2001). A maioria dos analistas, contudo, demonstra ceticismo em relação à eficiência do processo político como mecanismo de controle. Obrigados por seu dever de “buscar justiça, não apenas condenações” (AMERICAN BAR ASSOCIATION, 1971, p. 18-19), os promotores devem, em muitas questões, agir a despeito das pressões da comunidade. Mas há indícios de que, tanto no passado quanto no presente, a preocupação dos promotores com a avaliação de seus resultados pelo eleitorado aumenta a probabilidade de que busquem altas taxas de condenação, em vez de conduzirem as ações de forma justa e imparcial (GREEN, 1999; STUNTZ, 2002; RAMSEY, 2002; UVILLER, 1973).

Ampla discricção acusatória

Em todos os países, os promotores gozam de certo grau de discricção. Os promotores norte-americanos, contudo, são praticamente os únicos a contar com uma discricção demasiadamente ampla e em grande parte livre de controle. O grau de discricção de que gozam os promotores europeus difere conforme o princípio seguido pelo país, que pode ser o princípio da oportunidade ou o princípio da legalidade (FIONDA, 1995; FRASE, 1990; FRASE & WEIGEND, 1995). Em países que seguem o princípio da oportunidade, os promotores têm maior discricção ao tomar decisões quanto à acusação. Em países que seguem o princípio da legalidade, a discricção do promotor é limitada. Nos últimos anos, contudo, parece haver uma tendência em direção a conceder maior independência e autonomia aos promotores até mesmo em países que seguem o princípio da legalidade. Na Alemanha, por exemplo, os promotores podem agora lidar com casos que envolvam crimes menos graves por outros meios que não a ação penal. Apesar dessa tendência em direção à maior autonomia do promotor, existem mecanismos de controle para frear a discricção acusatória. Tanto na Inglaterra quanto na Alemanha, as vítimas têm direito de requisitar um reexame judicial (*judicial*

review) dessa discricção. Na França, as vítimas podem compelir o promotor a promover uma ação penal (DUBBER, 1997; FIONDA, 1995; FRASE, 1990).

A autoridade do promotor norte-americano para tomar decisões quanto à acusação, por outro lado, não está sujeita nem ao reexame judicial, nem à contestação da vítima. O judiciário norte-americano adotou uma abordagem extremamente deferencial em relação à tomada de decisão acusatória. A origem dessa abordagem deferencial pode remontar à segunda metade do século XIX, quando os promotores públicos ganharam proeminência. A autoridade do promotor de não mover ações ou de desistir daquelas já iniciadas derivava do poder do procurador-geral inglês de apresentar o mandado de *nolle prosequi* (FRIEDMAN, 1985). O poder do promotor de exercer essa autoridade foi apoiado pelos tribunais desde o começo da existência da nação norte-americana. Em *Commonwealth v. Wheeler* (1806), um tribunal de Massachusetts declarou que “o poder de apresentar um *nolle prosequi* deve ser exercido conforme a discricção do promotor que inicia a ação em nome do governo, e por esse exercício apenas ele é o responsável” (*Commonwealth v. Wheeler*, 1806, p. 172).

Na segunda metade do século XIX, à medida que os promotores assumiam pleno controle da ação penal, os tribunais se mantiveram firmes no apoio à autoridade exclusiva do promotor de iniciar e de encerrar processos penais. Em uma decisão de 1882, o Tribunal de Recursos do Estado de Illinois julgou que o promotor “está dotado por lei de uma ampla discricção para processar infratores da lei. Ele tem autoridade para promover ações penais públicas, conforme as informações de que dispuser, e de descontinuá-las quando, de acordo com seu próprio julgamento, os fins da justiça houverem sido alcançados” (*People v. Wabash, St. Louis and Pacific Railway Company*, 1882, p. 265).

Os juízes julgaram de maneira consistente que o judiciário não poderia compelir os promotores a apresentarem acusações quando estes estivessem decididos a não fazê-lo (*People v. Pohl*, 1964; *People v. Wabash, St. Louis and Pacific Railway Company*, 1882; *Wilson v. County of Marshall*, 1930). A confiança que os juízes depositavam em sua capacidade de se desincumbir de suas tarefas foi bem ilustrada numa decisão proferida a pela Suprema Corte do Wisconsin em 1888. Esse tribunal descreveu o promotor como uma autoridade do estado que não se guiava por motivos de ganhos pessoais. Nessa condição, declarou a Corte, o promotor tinha a capacidade de assegurar que “as leis penais do estado fossem administradas honesta e imparcialmente” (*Biemel v. State*, 1888, p. 450).

O apoio aos promotores não vinha somente dos tribunais estaduais. Ele vinha também da Suprema Corte dos Estados Unidos. A Suprema Corte ecoava os tribunais estaduais ao apoiar o poder dos promotores de interpor o

mandado de *nolle prosequi*. Nas *Ações de Confisco* (1868), a Suprema Corte dos Estados Unidos julgou que “as ações penais públicas, até que entrem em juízo... são da alçada exclusiva do promotor de justiça do distrito e, mesmo depois de entrarem em juízo, estão sob seu controle na medida em que ele pode interpor um *nolle prosequi* a qualquer momento antes de o júri se reunir para julgar a ação” (*Confiscation Cases*, 1868, p. 457).

Numa série de ações pacificadas, a Suprema Corte dos Estados Unidos sustentou repetidamente a ampla discricção do promotor de justiça. A Suprema Corte expôs pela primeira vez seu fundamento lógico para a abordagem deferencial da capacidade decisória do promotor em *United States v. Chemical Foundation* (1926). Ela justificou essa abordagem deferencial com base na separação dos poderes. A Suprema Corte declarou que a Constituição colocava o dever de executar as leis a cargo do poder executivo. Para assegurar que os promotores, enquanto autoridades do poder executivo, desempenhassem suas funções de maneira apropriada, os tribunais não deveriam interferir indevidamente em suas tomadas de decisão. Na ausência de provas claras em contrário, os tribunais deveriam presumir que os promotores “havia se desincumbido de maneira apropriada de seus deveres oficiais” (*United States v. Chemical Foundation*, 1926, p. 14-15).

A Suprema Corte dos Estados Unidos, em suas sentenças subsequentes, ressaltou que a decisão de promover ou não uma ação penal era incompatível com o reexame judicial. Ela afirma que uma supervisão judicial rigorosa nessa área pode trazer a ameaça de arrefecer a aplicação da lei e de anular a eficácia da ação penal. A Corte considera, portanto, que é apropriado manter a discricção plena do promotor de justiça. A Suprema Corte dos Estados Unidos julgou repetidamente que o governo conserva uma discricção ampla em relação a quem processar penalmente (*United States v. Goodwin*, 1982) e “desde que o promotor tenha motivos plausíveis para acreditar que o acusado cometeu um crime definido em lei, a decisão de promover ou não a ação penal, bem como a decisão de qual acusação formular ou levar ao júri de acusação, em geral cabe inteiramente à sua discricção” (*Bordenkircher v. Hayes*, 1978, p. 364; veja também *Wayte v. United States*, 1985; *United States v. Armstrong*, 1996).

Conclusão

A ação penal pública, tal como a conhecemos hoje, é produto de uma longa evolução. Na Antiguidade e no início da Idade Média, o crime era uma questão privada a ser resolvida pelas partes ofendidas por meio da vingança. Mais tarde, mesmo com o advento dos tribunais e da resolução judicial de litígios, a natureza do crime permaneceu inalterada. Cabia ao indivíduo prejudicado fazer uma acusação e dar início a uma ação penal. O século XIII

testemunhou mudanças significativas na condução do julgamento penal e no método de acusação. A irracionalidade do veredicto de Deus foi suplantada pelos métodos racionais de determinação da culpa. A Inglaterra e a Europa continental, não obstante, fizeram escolhas diferentes quanto ao modo de julgamento criminal e quanto ao método de acusação. A Inglaterra adotou o sistema acusatório e manteve a ação penal privada; já o continente europeu abraçou o procedimento inquisitório e passou a adotar a ação penal pública.

Na época da colonização dos Estados Unidos, a Inglaterra era o único país europeu que não havia desenvolvido um sistema de ação penal pública. Por isso, a despeito da enorme influência inglesa no direito norte-americano, o desenvolvimento da ação penal pública nos Estados Unidos foi muito pouco influenciado pela Inglaterra. No período colonial, o *attorney general* inglês, o *ministère publique* francês e *schout* holandês, todos causaram impacto na forma de ação penal. Mas nenhum deles foi ancestral direto do promotor de justiça norte-americano. O promotor norte-americano, enquanto autoridade local e eleita, é produto da experiência de seu país, sendo uma instituição exclusiva dos Estados Unidos.

Os promotores de justiça desempenham um papel essencial em qualquer sistema de Justiça Penal. Nenhum dos membros dos Ministérios Públicos na Europa, contudo, pode ser comparado ao promotor de justiça norte-americano do ponto de vista de seu poder discricionário e de sua influência sobre as políticas de Justiça Penal. No sistema jurídico norte-americano, embora o legislativo seja a fonte primária da lei e o judiciário, seu intérprete autêntico, cabe ao promotor de justiça decidir quais leis aplicar e quais leis ignorar. A tomada de decisão acusatória, nesse sentido, não apenas reflete, mas também determina a política atual de Justiça Penal.

Historiadores jurídicos há muito apontaram que o desenvolvimento de um sistema jurídico ou de uma instituição jurídica está invariavelmente ligado a valores culturais, históricos e políticos importantes (FRIEDMAN, 1985; MERRYMAN, 1985; ZWEIGERT & KTITZ, 1987). O desenvolvimento da ação penal pública nos Estados Unidos não é exceção. Hoje, sua ampla discricção acusatória chega a definir o papel do promotor norte-americano. Contudo, para se entender plenamente as características do atual sistema norte-americano de ação penal, deve-se traçar seu histórico e explorar seus valores político-culturais relevantes.

Referências

ALBRECHT, H. J.. Criminal prosecution: Developments, trends and open questions in the Federal Republic of Germany. *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 8(3), 2000. p. 245-256.

ALSCHULER, A. W.. Narrative and normativity: Comments on the origin of adversary criminal trial. *The Journal of Legal History*, 26(1), 2005. p. 91-97.

- AMERICAN BAR ASSOCIATION.. *Standards relating to the prosecution function and the defense functions*. New York: Institute of Judicial Administration, 1971.
- AUMANN, F. R.. *The changing American legal system: Some selected phases*. New York: Da Capo Press, 1969.
- BAR, C. L. V.. *A history of continental criminal law*. Boston: Little, Brown, and Company, 1916.
- BATIZA, R.. The Influence of Spanish Law in Louisiana. *Tulane Law Review*, 33, 1958. p. 29-34.
- BAUDOUIN, L.. The influence of the Code Napoleon. *Tulane Law Review*, 33, 1958. p. 21-28.
- BENNION, F.. The new prosecution arrangements: (1) The Crown Prosecution Service. *Criminal Law Review*, 1986, 1986. p. 3-15.
- BERKSON, L. C.. Judicial selection in the United States. *Judicature*, 64(4), 1980. p. 176-193.
- Biemel v. State*, 37 N.W. 244, Wis. 1888.
- BLANKENBURG, E., TREIBER, H.. The establishment of public prosecutor's office in Germany. *International Journal of the Sociology of Law*, 13, 1985. p. 375-391.
- Bordenkircher v. Hayes*, 434 U.S. 357, 1978.
- CHAPIN, B. (1983). *Criminal justice in colonial America, 1606–1660*. Athens, GA: The University of Georgia Press.
- CARDENAS, J.. Crime victim in the prosecutorial process. *Harvard Journal of Law and Public Policy*, 9, 1986. p. 357-398.
- CHITWOOD, O. P.. *Justice in colonial Virginia*. Baltimore: John Hopkins Press, 1905.
- CRITCHLEY, T. A.. *A history of police in England and Wales*. Montclair, NJ: Patterson Smith, 1972.
- COFFEY, M. A., NORMAN, J. B.. Selected problems of the Louisiana grand jury. *Tulane Law Review*, 52, 1978. p. 707-768.
- Commonwealth v. Wheeler*; 2 Mass. 172, 1806.
- Confiscation Cases*, 74 U.S. 454, 1868.
- CORSO, P.. Italy. In C. Van Den Wyngaert (Ed.), *Criminal procedure systems in the European community*. London: Butterworths, 1993. p. 223-260
- DAVIS, A.. The American prosecution: Independence, power and the threat of tyranny. *Iowa Law Review*, 86, 2001. p. 393-465.
- DE LONG, E. H., BAKER, N. F.. The prosecuting attorney. *Journal of Criminal Law and Criminology*, 23, 1932. p. 926-963.
- DEVLIN, P.. *The criminal prosecution in England*. New Haven, CT: Yale University Press, 1958.
- DEVLIN, P.. *Police procedure, administration, and organization*. London: Butterworth, 1966.
- DOUGLAS, D. C. (Ed).. *English historical documents* (Vols. 2-3). New York: Oxford University Press, 1953-1975.
- DUBBER, M. D.. American plea bargains, German lay judges, and the crisis of criminal procedure. *Stanford Law Review*, 49, 1997. p. 547-605.
- EMSLEY, C.. *The English police: A political and social history*. New York: St. Martin's Press, 1991.
- ESMEIN, A.. *A history of continental criminal procedure*. Boston: Little, Brown, and Company, 1913.
- ESTABLISHMENT OF THE JUDICIAL COURTS OF THE UNITED STATES (September 24, 1789) § 35. In *The public statutes at large of the United States of America*, Vol. 1. Boston: Charles C. Little and

James Brown, 1848.

FARNSWORTH, E. A.. *An introduction to the legal system of the United States*. London: Oceana Publications, Inc., 1983.

FEENEY, F.. *German and American Prosecutors: An approach to statistical comparison*. Washington, DC: Bureau of Justice Statistics, 1998.

FIONDA, J.. *Public prosecutors and discretion*. Oxford, UK: Clarendon Press, 1995.

FISHER, G.. *Plea bargaining's triumph*. Palo Alto, CA: Stanford University Press, 2003.

FITZGERALD, M., MUNCIE, J.. *System of justice: An introduction to the criminal justice system in England and Wales*. Oxford, UK: Basil and Blackwell, 1983.

FLAHERTY, A. H.. An introduction to early American legal history. In D. H. Flaherty (Ed.), *Essays in the history of early American law*. Chapel Hill, NC: The University of North Carolina Press, 1969. p. 3-38.

FORSYTH, W. *History of trial by jury*. London: J. W. Parker, 1852.

FRASE, R. S.. Comparative criminal justice as a guide to American law reform: How do the French do it, how can we find out, and why should we care? *California Law Review*, 78(3), 1990. p. 539-683.

FRASE, R. S., WEIGEND, T.. German criminal justice as a guide to American law reform: Similar problems, better solutions? *Boston College International and Comparative Law Review*, 18, 1995. p. 317-360.

FRIEDMAN, L. M.. *A history of American law*. New York: Simon & Schuster, 1985.

GALIE, P. J.. *Ordered liberty: A constitutional history of New York*. New York: Fordham University Press, 1996.

GERSHMAN, B. L.. The new prosecutors. *University of Pittsburgh Law Review*, 53, 1992. p. 393-458.

GLENDON, M. A., Gordon, M. W., & Osakwe, C.. *Comparative legal traditions*. St. Paul, MN: West Publishing Co., 1985.

GOLDMAN, S., JAHNIGE, T. P.. *The federal courts as a political system*. New York: McGraw-Hill, 1985.

GOLDSTEIN, A. S.. *The passive judiciary: Prosecutorial discretion and the guilty plea*. Baton Rouge, LA: Louisiana State University Press, 1981.

GOULKA, J. E.. The first constitutional right to criminal appeal: Louisiana's Constitution of 1845 and the clash of the common law and natural law traditions. *The Tulane European and Civil Law Forum*, 17, 2002. p. 151-196.

GRAHAM, M.. *Tightening the reins of justice in America*. Westport, CT: Greenwood, 1983.

GREEN, B. A.. Why should prosecutors "seek justice?" *Fordham Urban Law Journal*, 26, 1999. p. 607-643.

GROSMAN, B. A.. *The prosecutor: An inquiry into the exercise of discretion*. Toronto, ON, Canada: University of Toronto Press, 1969.

Hasbury's Statutes of England and Wales (Vol. 12).. London: Butterworths.

HUBER, B. Criminal procedure in Germany. In J. Hatchard, B. Huber, & R. Vogler (Eds.), *Comparative criminal procedure* (p. 96-175) London: The British Institute of International and Comparative Law, 1996.

JACOBY, J. E.. *The American prosecutor: A search for identity*. Toronto, ON, Canada: Lexington Books, 1980.

- JUSTICE. (1970). *The prosecution process in England and Wales*. London: Committee of Justice.
- KRESS, J. M.. Progress and prosecution. *Annals of the American Academy of Political and Social Sciences*, 423, 1976. p. 99-116.
- KÜHNE, H. H. (1993). Germany. In C. Van Den Wyngaert (Ed.), *Criminal procedure systems in the European community* (p. 137-162). London: Butterworths.
- KURLAND, P. B., & Waters, D. W. M.. Public prosecutions in England, 1854-79: An essay in English legislative history. *Duke Law Journal*, 4, 1959. p. 493-562.
- LAMBERT, K. A.. The suffocation of a legal heritage: A comparative analysis of civil procedure in Louisiana and France; The corruption of Louisiana's civilian tradition. *Tulane Law Review*, 67, 1992. p. 231-269.
- LANGBEIN, J. H.. *Prosecuting crime in the renaissance: England, Germany, France*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1974.
- LANGBEIN, J. H.. *The origins of adversary criminal trial*. Oxford, UK: Oxford University Press, 2003.
- LEE, M.. *A history of police in England*. London: Methuen, 1901.
- LEVASSEUR, A. A.. The major periods of Louisiana legal history. *Loyola Law Review*, 41, 1996. p. 585-628.
- MCCAIN, P. M.. *The country court in North Carolina before 1750*. Durham, NC: Duke University Press, 1954.
- MCCONVILLE, M., MIRSKY, C.. The rise of guilty pleas: New York, 1800-1865, *Journal of Law and Society*, 22, 1995. p. 443-474.
- MCMULLAN, J. L.. The new improved monied police: Reform, crime control, and the commodification of policing in London. *British Journal of Criminology*, 36, 1996. p. 85-108.
- MERRYMAN, J. H.. *The civil law tradition*. Palo Alto, CA: Stanford University Press, 1985.
- MILLER, W. R.. *Cops and bobbies: Police authority in New York and London, 1830-1870*. Columbus, OH: Ohio State University Press, 1999.
- MORRISON, F. L. (1973). *Courts and the political process in England*. Beverly Hills, CA: Sage Publications.
- MUELLER, G. O. W., POOLE-GRIFFITHS, F. L.. *Comparative criminal procedure*. New York: New York University Press, 1969.
- NATIONAL COMMISSION ON LAW OBSERVANCE AND ENFORCEMENT.. *Report on prosecution*. Washington, DC: United States Government Printing Office, 1931.
- NEWMAN, G.. *The punishment response*. Philadelphia: Lippincott, 1978.
- PAGE, E. L.. *Judicial beginnings in New Hampshire: 1640-1700*. Concord, NH: New Hampshire Historical Society, 1959.
- PENCAK, W., HOLT, W. W., Jr. (Eds).. *The law in America: 1607-1861*. New York: The New York Historical Society, 1989.
- People v. Pohl*, 47 Ill. Ap. 2d 232, 197 N.E.2d 759, 1964.
- People v. Wabash*, St. Louis, and Pacific Railway Company, 12 Ill. Ap. 263, 1882.
- PIZZI, W. T.. Understanding prosecutorial discretion in the United States: Limits of comparative criminal procedure as an instrument of reform. *Ohio State Law Journal*, 54, 1993. p. 1325-1373.
- PLUCKNETT, T. F. T.. *A concise history of the common law*. Boston: Little, Brown and Company, 1956.

POSERINA, J. J.. Appointed attorney general's power to supercede an elected district attorney. *Temple Law Quarterly*, 33, 1959. p. 78-88.

PROSECUTION OF OFFENCES ACT, §6, 1985.

RADZINOWICZ, L.. *A history of English criminal law and its administration from 1750: The movement for reform, 1750-1833*. New York: The Macmillan Company, 1957.

RAMSEY, C. B.. The discretionary power of "public" prosecutors in historical perspective. *American Criminal Law Review*, 39, 2002. p. 1309-1393.

ROYAL COMMISSION ON CRIMINAL PROCEDURE.. Report Cmnd. 8092. London: HMSO, 1981.

ŠELIH, A.. The prosecution process and the (changing) role of the prosecutor. In Council of Europe Publishing (Ed.), *Crime and criminal justice in Europe*. Strasbourg, France: Council of Europe Publishing, 2000. p. 93-107.

SEMMES, R.. *Crime and punishment in early Maryland*. Baltimore: Johns Hopkins Press, 1938.

SHEEHAN, A. V.. *Criminal procedure in Scotland and France*. Edinburgh, UK: Her Majesty's Stationary Office, 1975.

SMITH, A. T. H.. England and Wales. In C. Van Den Wyngaert (Ed.), *Criminal procedure systems in the European community* (p. 73-104). London: Butterworths, 1993.

SPIELMANN, A., SPIELMANN, D.. Luxembourg. In C. Van Den Wyngaert (Ed.), *Criminal procedure systems in the European community* (p. 261-278). London: Butterworths, 1993.

STEINBERG, A.. From private prosecution to plea bargaining: Criminal prosecution, the district attorney, and American legal history. *Crime & Delinquency*, 30, 1984. p. 568-592.

STEINBERG, A.. *The transformation of criminal justice, Philadelphia 1800-1880*. Chapel Hill, NC: University of North Carolina Press, 1989.

STUNTZ, W.. The pathological politics of criminal law. *Michigan Law Review*, 100, 2002. p. 505-600.

SWART, A. H. J.. The Netherlands. In C. Van Den Wyngaert (Ed.), *Criminal procedure systems in the European community* (p. 279-316). London: Butterworths, 1993.

TESKE, R., & ALBRECHT, H. Prosecution and sentencing patterns in the Federal Republic of Germany. *International Criminal Justice Review*, 2(1), 1992. p. 76-104.

United States v. Armstrong, 517 U.S. 456, 1996.

United States v. Chemical Foundation, 272 U.S. 1, 1926.

United States v. Goodwin, 457 U.S. 368, 1982.

UVILLER, H. R.. The virtuous prosecutor in quest for an ethical standard: Guidance from the ABA. *Michigan Law Review*, 71, 1973. p. 1145-1168.

VAN ALSTYNE, W. S.. The district attorney: A historical puzzle. *Wisconsin Law Review*, 1952, p. 125-138.

VAN CAENEGEM, R. C.. *Legal history: A European perspective*. London: The Hambledon Press, 1991.

VERREST, P.. The French public prosecution. *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminology*, 8(3), 2000. p. 210-244.

VORENBERG, J.. Decent restraint of prosecutorial power. *Harvard Law Review*, 94, 1981. p. 1521-1573.

VOUIN, R.. The role of the prosecutor in French criminal trials. *The American Journal of Comparative Law*, 18, 1970. p. 483-497.

Wayte v. United States, 470 U.S. 598, 1985.

WEST, A., Desdevises, Y., Fenet, A., Gaurier, D., & Heussaff, M. C. (1993). *The French legal system: An introduction*. London: Format Publishing.

WHITMAN, J. Q.. *Harsh justice: Criminal punishment and the widening divide between America and Europe*. Oxford, UK: Oxford University Press, 2003.

Wilson v. County of Marshall, 257 Ill. Ap. 220, 1930.

YARDLEY, D. C. M.. *English courts of law*. Oxford, UK: Oxford University Press, 1979.

ZACHARIAS, F. C.. The professional discipline of prosecutors. *North Carolina Law Review*, 79, 2001. p.721-778.

ZWEIGERT, K., KÖTZ, H.. *Introduction to comparative law*. Oxford, UK: Clarendon Press, 1987.

Transformações do Ministério Público em Portugal: de actor institucional a actor social?²

**João Paulo Dias, Paula
Fernando e Teresa
Maneca Lima**

Investigadores do Centro de Estudos Sociais da Universidade de Coimbra

O Ministério Público em Portugal, ao contrário do que é corrente afirmar-se, alterou bastante as suas características ao longo dos tempos. Ainda que mantendo uma matriz de defensor da legalidade, tal como antes defendia os interesses do Rei, a diversidade de funções, que foi assumindo, conferiu-lhe uma importância bastante grande na “arquitectura” do sistema judicial e como garante da legalidade e dos direitos dos cidadãos. Apesar das dificuldades sentidas, devido ao volume processual, à crescente complexidade dos assuntos que chegam aos tribunais e às limitações em termos de recursos humanos, materiais e financeiros, é hoje inquestionável o seu papel no seio do poder judicial português. O objectivo principal deste artigo é estudar, de forma historicamente contextualizada, a evolução do Ministério Público, procurando caracterizar e distinguir as suas principais competências, funções, mecanismos de recrutamento, formação e avaliação. Dar uma maior visibilidade a este actor crucial no funcionamento da justiça e, ao mesmo tempo, detectar as tendências em termos de evolução do actual modelo, são outros objectivos secundários que se pretendem atingir. Por fim, procura-se realçar a diversidade de competências exercidas, para além da matéria criminal, mostrando um actor multifacetado, com um grau de responsabilidade superior à opinião que, muitas vezes, é veiculada em termos mediáticos. Ou seja, como se pode caracterizar o Ministério Público, hoje em dia, como actor social, autónomo e proactivo, após toda uma trajectória de dependência dos restantes poderes do Estado?

Palavras-chave: *Ministério Público – Portugal – organização – actor social*

² Este artigo é uma versão revista e actualizada do capítulo publicado, em 2008 (DIAS e AZEVEDO), num livro dedicado ao estudo comparado dos modelos de Ministério Público em 8 países ibero-latino americanos e, ainda, Moçambique. Artigo adaptado para publicação pela Revista do Conselho Nacional do Ministério Público por Bruno Amaral Machado.

Introdução

Hoje em dia é comum referir-se que atravessamos períodos de grandes turbulências de escalas e de intensidades variadas (SANTOS, 1996), em que os tradicionais alicerces das sociedades modernas têm vindo a ser questionados e debatidos, embora as propostas de solução ainda não sejam, por vezes, claras e, muito menos, consensuais. Entre as discussões mais polémicas está a referente ao modelo de organização estatal e, dentro deste, destacamos, o papel que compete ao poder judicial na aplicação do direito ou dos direitos³.

A separação tripartida de poderes do Estado, tal como a concebeu Montesquieu, passou a ser muito mais difusa e complexa, não podendo o poder judicial ser agora classificado, como o fez Alexander Bickel, como o “menos perigoso” dos três (in SANTOS, 1999, p. 67). O poder judicial tanto é o “terceiro poder” como se transforma, de imediato, no poder dominante ou, pelo menos, num poder primordial. Denis Salas (1998) transporta-nos, em relação a França, para uma realidade jamais vista em tempos passados, na qual o poder judicial sai da sua “tradição Republicana” de subjugação aos restantes poderes estatais para “reencarnar” num novo papel. Este papel emergente deve-se, quer às transformações ocorridas no interior do poder judicial, quer à renovação da própria sociedade civil, a qual exige uma instância imparcial, capaz de julgar os até agora considerados acima da lei, e assim reequilibrar os diversos poderes estatais existentes no seio dos sistemas democráticos representativos.

Nas últimas décadas temos assistido a um crescente protagonismo dos tribunais, um pouco por toda a parte. Entre os actores judiciais mais mediatizados, por força e natureza de alguns processos judiciais mais sensíveis e importantes, temos o Ministério Público. A sua acção, desenvolvida desde a democratização do sistema judicial português, ocorrida no pós-25 de Abril de 1974, a par de uma magistratura relativamente renovada em termos geracionais, consolidou um modelo organizacional e um leque de competências que “catapultou” a sua importância para um patamar jamais visto desde a sua origem. É, por isso, alvo de discussões actuais sobre: se deve, ou não, exercer mais, ou menos, competências; se deve, ou não, deter um papel tão preponderante no seio do interior do sistema judicial; se deve, ou não, ter um estatuto paralelo ao dos juízes; e/ou se deve, ou não, ter uma autonomia legal e funcional face ao poder executivo.

Estas e outras questões são de capital importante para a reflexão sobre o modelo de sistema judicial que se quer para o futuro (PEDROSO, TRINCÃO e DIAS, 2003).

³ A definição de direito a que nos referimos é a concebida por Santos (2000, p. 269), a qual consiste num “(...) corpo de procedimentos regularizados e de padrões normativos, considerados justificáveis num dado grupo social, que contribui para a criação e prevenção de litígios, e para a sua resolução através de um discurso argumentativo, articulado com a ameaça de força”.

Neste artigo, procura-se contribuir para um situar, breve, da arquitectura do Ministério Público, caracterizando-o em termos de competências e funções, ainda que historicamente contextualizado. Defende-se que uma mudança nas suas competências ou modelo organizacional deve ter em consideração, não só o seu desempenho, mas também a sua história, o equilíbrio constitucional e jurídico com os outros actores judiciais e com a função social que detém. Ou seja, até que ponto as limitações históricas do Ministério Público, como actor dependente do Rei, do Governo ou dentro do poder judicial, permitem hoje uma plena afirmação institucional que lhe atribua uma grande relevância social como actor fundamental na promoção e defesa dos direitos de cidadania?

Evolução histórica do Ministério Público

As origens do Ministério Público são muitas vezes procuradas quer no direito romano, quer no direito grego. Relativamente ao direito romano, somente no último século da República é que “o magistério penal se edifica como verdadeira e própria função pública, isto é, não somente como um direito mas como um dever do Estado” (RODRIGUES, 1999, p. 36). Autores como Rodrigues (1999), um dos magistrados com maior e mais profunda visão histórica e institucional dentro do Ministério Público, vêem traços da sua identidade em cinco das instituições do direito romano: os *censores*, vigilantes gerais da moralidade romana; os *defensores das cidades*, criados para denunciar ao imperador a conduta dos funcionários; os *irenarcas*, oficiais de polícia; os *presidentes das questões perpétuas*; e os *procuradores dos césares*, instituídos pelo imperador para gerir os bens dominicais. Porém, quando analisadas uma a uma, segundo Cunha Rodrigues (1999), nenhuma evidencia uma instituição que reúne as características que hoje definem o Ministério Público, contudo, todas elas têm desta instituição algum sinal. Senão vejamos: os *censores* e os *defensores das cidades* assemelham-se, em determinados aspectos, à parte promotora; os *irenarcas* bem que poderiam ser os antecessores da Polícia Judiciária; os *presidentes das questões* têm poderes muito semelhantes aos que o Ministério Público exerce em matéria de inquérito; por fim, os procuradores dos césares correspondem às funções do Ministério Público como advogado dos interesses privados do Estado.

Apesar destas semelhanças, alguns autores advogam que não se deverá pensar que as origens do Ministério Público se devem situar nas instituições e direito romano. Apesar de algumas das funções que hoje reconhecemos ao Ministério Público já existirem na Grécia, em Roma e no começo da Idade Média, a verdade é que se tratavam de funções atribuídas a pessoas que não representavam uma estrutura nem usufruíam de um estatuto semelhante ao que hoje caracteriza o Ministério Público (Rodrigues, idem: 41). Flores

Prada (2008), no que respeita às origens do Ministério Público na Península Ibérica, e socorrendo-se de Gimeno, Casavola e Ruiz Gutiérrez, aponta, por exemplo, para os *advocatus fisci* com uma função semelhante à que Cunha Rodrigues descreve como procuradores dos Césares

Contexto Histórico do Ministério Público em Portugal

As origens mais remotas do Ministério Público, em Portugal, têm sido pouco discutidas. Existe uma certa unanimidade em afirmar que foi a organização francesa que inspirou as reformas que muitos países introduziram nesta magistratura, a partir do final do século XVIII. Porém, o Ministério Público aparece de uma forma já desenvolvida, em França, no séc. XV, com a “necessidade de instituir, junto dos tribunais, advogados e procuradores que mantivessem a autoridade da coroa que, nessa época, simbolizava a autoridade da lei e o interesse da nação contra as prerrogativas dos grandes vassallos e as pretensões do foro eclesiástico” (RODRIGUES, 1999, p. 42). Jean-Marie Carbasse aponta para o final do Século XIII as origens remotas do Ministério Público francês (*Parquet*), ainda que não detivessem as características que viria, de facto, a adquirir já no século XV. Neste período, os *‘officialités’*, ligados às jurisdições eclesiásticas, e os *‘procureurs du roi’*, ainda como meros representantes do Rei, são os que mais se assemelham ao que viria a dar origem, no Século XIV, aos primórdios do *Parquet* (2000, p. 11). Mais tarde foi acrescentada às suas funções a acusação penal dos criminosos. Em 1789, acontece uma reforma no sentido de converter o Ministério Público em órgão judiciário, retirando-lhe natureza política e atribuindo-lhe as funções dominiais. Mas é somente em 1810 que o Ministério Público vê, de forma expressa, definidas as suas funções de representação do poder executivo junto da autoridade judiciária.

O aparecimento do Ministério Público em Portugal, como organização estável e permanente, remonta ao século XIV (CHAVES e CASTRO, 1910). Apesar de aparecerem referências aos procuradores e advogados do rei, aquando a fundação da monarquia, não se tratavam de cargos permanentes, e sim de nomeações para casos específicos. Somente, no tempo de Afonso III surge o cargo de procurador do rei com características de permanência. Contudo, a organização do Ministério Público, em termos definitivos, acabará apenas por acontecer em 1832, através do Decreto n.º 24, de 16 de Maio. Este diploma “é um marco fundamental na história do Ministério Público e deve-se a Mouzinho da Silveira, então Ministro e Secretário de Estado da Repartição dos Negócios da Justiça” (RODRIGUES, 1999, p. 49)

A estruturação institucional do Ministério Público feita no século XIX apresenta alguns traços que perduraram no tempo, nomeadamente a

hierarquização dos magistrados. Em 1835 é publicado um decreto-lei onde se estabelece um conjunto de normas de procedimento “em que se inclui o dever da unidade” (*idem*: 50). Com a Novíssima Reforma Judiciária, em Maio de 1841, afirma-se a responsabilidade dos magistrados e as atribuições do Ministério Público referentes à promoção da legalidade pela defesa da independência dos tribunais, pelo exercício da acção penal, pela fiscalização dos funcionários da justiça e pelo exercício de funções consultivas. Deste modo, na intervenção do Ministério Público, encontram-se abrangidos: conflitos de jurisdição e competência; reforma de autos; justificação de heranças ultramarinas; habilitações e justificações para a sucessão de bens da coroa; mercês em recompensa de serviços feitos ao Estado; expropriações; confirmação de sentenças estrangeiras; custas; acções sobre o Estado de pessoas e tutelas. Compete, ainda, ao Ministério Público intervir relativamente a pessoas a que o Estado deva protecção e o exercício de funções de vigilância relativamente a estabelecimentos prisionais.

O século XX e os estatutos judiciários

Decorria o ano de 1901 quando uma reorganização profunda foi feita no Ministério Público. Entre as inovações mais importante destacam-se o estabelecimento, para os magistrados, de casos taxativos de demissão e suspensão e a garantia de não serem suspensos ou demitidos sem audiência prévia do visado e do Supremo Conselho da Magistratura do Ministério Público. Ao mesmo tempo, adoptaram-se regras de classificação dos magistrados e mecanismos de acesso semelhantes aos já existentes para a magistratura judicial.

Desde esta data até 1927 pouca legislação reguladora do Ministério Público foi publicada, continuando a organização judiciária a regular-se pela Novíssima Reforma Judiciária. Somente em 1927, com a publicação dos estatutos judiciários, se estabilizam as atribuições do Ministério Público, principalmente em matéria consultiva, sendo criado o Conselho Superior do Ministério Público. Atente-se, por exemplo, às palavras de Cunha Rodrigues sobre esta matéria: “[Esta reforma] representa a primeira iniciativa codificadora deste século relativamente a todo o sistema judicial. Agrupou no mesmo texto as matérias relativas à organização judicial do território, ao estatuto das secretarias e estatuto do pessoal, ao mandato judicial, incluindo a organização da Ordem dos Advogados, ao estatuto dos solicitadores e à assistência judiciária. Trata-se de um verdadeiro código judiciário, cujo modelo obedeceram os Estatutos posteriores” (1999, p. 61-62).

Podemos então afirmar que o primeiro Estatuto Judiciário desenvolve e aperfeiçoa disposições referentes ao Ministério Público, salientando já um

conjunto de garantias para os magistrados, principalmente na relação com a magistratura judicial, para a definição dos princípios de independência, responsabilidade e inamovibilidade. Aparece definido o Ministério Público como “representante do Estado e da sociedade, fiscal do cumprimento da lei”. Por outro lado, estabelece que o Procurador-Geral da República continua a prestar declarações ou compromisso de honra perante o Ministro da Justiça, mas toma posse perante o Presidente do Supremo Tribunal de Justiça.

Apesar das constantes alterações a este estatuto, somente em 1944, com o Decreto-Lei n.º 33 547, de 23 de Fevereiro, se introduzem algumas inovações relativamente ao Ministério Público. No preâmbulo do referido decreto-lei, da autoria do Ministro da Justiça Vaz Serra, há desde logo a preocupação de precisar o âmbito de intervenção processual do Ministério Público, estabelecendo-se que, no caso de representação de incapazes, pode sobrepor-se à do próprio representante legal e impondo-se genericamente a intervenção, sempre que no processo estiver em causa um interesse público, de harmonia, segundo o referido preâmbulo, “com a tendência moderna de não deixar desenvolver-se, pela simples jogo dos interesses privados neles envolvidos, os litígios de que um interesse público está ao mesmo tempo dependente”.

Apesar destas alterações e definições de estatuto, para Cunha Rodrigues (1999, p. 67), ainda não foi com esta reforma que se resolveu a questão da separação nítida que deve existir entre as magistraturas judicial e do Ministério Público. É em 1962, com o Decreto-Lei n.º 44 278, de 14 de Abril, e as suas conseqüentes alterações, que o Ministério Público vê as suas atribuições serem consideravelmente ampliadas, especialmente em matéria consultiva. Mantém-se a estrutura hierarquizada, na estrita dependência do Ministro da Justiça. Embora esta hierarquia piramidal aprofundasse a subordinação funcional e política, a nível do exercício dos poderes disciplinar e directivo havia uma intermediação do Conselho Superior do Ministério Público (DIAS, 2004, p. 46; RODRIGUES, 1995, p. 16). A nomeação para os cargos superiores do Ministério Público estava, em regra, associada a uma subordinação manifesta ao regime político do Estado Novo (COSTA, 1998, p. 179; CLUNY, 1992, p. 134). A magistratura do Ministério Público, por outro lado, mantinha-se como vestibular da magistratura judicial, situação que apenas terminou com a aprovação da Constituição da República de 1976.

Da Revolução de 1974 à Constituição da República de 1976

No período imediatamente anterior ao 25 de Abril de 1974 as polémicas começavam a sentir-se na área da justiça, à imagem do que acontecia noutros sectores da sociedade portuguesa. Vários acontecimentos contribuíram para o “vir ao de cima” do descontentamento que circulava

pelos meios judiciais, desde artigos publicados nos jornais pelo magistrado Francisco Velozo e pelo advogado Magalhães Godinho, a intervenções no Instituto de Conferências da Ordem dos Advogados, dinamizadas por Palma Carlos, Artur Santos Silva e Salgado Zenha, até a estudos e colóquios, como o efectuado em 1972, em Braga. Os sinais eram cada vez mais sintomáticos de uma vontade de mudança (RODRIGUES, 1999, p. 70). O projecto de Francisco Sá Carneiro, para reformular a justiça, extinguindo os Tribunais Plenários e garantindo a independência e o auto-governo da magistratura, sintetizava uma das posições contestatárias ao *status quo* vigente (MIRANDA, 1999, p. 9-10). A outra posição, mais próxima à magistratura judicial, visava apenas a garantia das especificidades das suas funções, nomeadamente em relação aos quadros, ao acesso à carreira e às remunerações.

As primeiras mudanças ocorreram, contudo, no contexto da revolução de 25 de Abril de 1974. A deposição do Governo de Marcello Caetano, pelo Movimento das Forças Armadas (MFA), originou a adopção de políticas de justiça que iam de encontro às expectativas democráticas da população. As primeiras medidas adoptadas pelo MFA inspiraram-se nos princípios defendidos no Congresso da Oposição Democrática (1973) e nas posições assumidas pela ala liberal do Governo nos últimos anos do Estado Novo. Deste modo, os primeiros governos provisórios, liderados na pasta da Justiça por Salgado Zenha, procuraram rapidamente implementar as medidas necessárias à desafecção do poder judicial da tutela dos poderes executivo e legislativo, como, por exemplo, a alteração da composição do Conselho Superior Judiciário, a abertura das magistraturas às mulheres ou a extinção dos tribunais plenários. Neste contexto, o sindicalismo judiciário começou a “ferver”, destacando-se, neste campo, o aparecimento e actuação do Sindicato dos Delegados do Procurador da República.

Neste período foi ainda criado um conjunto de comissões de reforma judiciária que ajudaram a lançar o debate sobre o futuro do sistema judicial português, inventariando os problemas e propondo novos caminhos. Numa época de “efervescência” ideológica, os debates rapidamente resvalavam para soluções pouco razoáveis e, essencialmente, pouco práticas. Na opinião de Cunha Rodrigues, os projectos apresentados pelos vários partidos políticos apresentavam soluções distintas: “(...) os do Partido Socialista e do Partido Comunista são tendencialmente neutros e generalistas, os do Partido Popular Democrático e do MDP-CDE evidenciam um considerável e inovador conjunto de sugestões, o do Centro Democrático Social é tradicionalista, limitando-se a introduzir ao sistema anterior os ingredientes indispensáveis à sua democratização” (1999, p. 71-72).

O poder judicial saído deste período, e actualmente em vigor, incorpora princípios que a história tem demonstrado serem difíceis de conciliar: a par

de uma independência jurisdicional e funcional relativamente aos outros poderes do Estado (executivo e legislativo), configura os titulares dos órgãos de soberania numa organização bicéfala - magistrados judiciais e magistrados do Ministério Público. Como órgãos de gestão e de disciplina das magistraturas temos, pelo lado do Ministério Público, o Conselho Superior do Ministério Público, e pelo dos juizes, o Conselho Superior da Magistratura.

Após a revolução de 25 de Abril de 1974 e a instauração do regime democrático, partiu-se para uma organização judiciária na qual a capacidade de interferência por parte do poder político diminuiu consideravelmente, de tal forma que as sucessivas revisões da Lei Orgânica dos Tribunais Judiciais, do Estatuto do Ministério Público e do Estatuto dos Magistrados Judiciais erradicaram os poderes interventivos e directivos do Ministério da Justiça que ainda persistiam do regime anterior.

A Arquitectura Legal do Ministério Público

O Ministério Público na Constituição da República Portuguesa

A Constituição da República, do novo regime democrático, só foi aprovada quase dois anos após o 25 de Abril de 1974, a 2 de Abril de 1976, pela então Assembleia Constituinte. Deste modo, só após a sua publicação se consagram os tribunais como órgãos de soberania, artigo 113.º (actual artigo 110.º, após a revisão de 1997), se estipula a independência do seu funcionamento como um dos princípios básicos do sistema judicial português (MARQUES, 1999, p. 413) e se passaram a definir as suas competências. De seguida, aprovaram-se, sucessivamente, a Lei Orgânica dos Tribunais Judiciais, o Estatuto dos Magistrados Judiciais e a Lei Orgânica do Ministério Público. Seguiu-se a lei relativa à instituição do Centro de Estudos Judiciários como pólo de recrutamento e formação de magistrados, abolindo o anterior sistema de nomeação⁴. O Estatuto que veio enquadrar os Tribunais Administrativos e Fiscais só foi publicado em 1984, pelo Decreto-Lei n.º 129/84, de 27 de Abril (DIAS, 2004, p. 49 e ss.).

Enquanto, anteriormente a 1976, a referência ao Ministério Público aparecia para lhe conferir o estatuto de representante do Estado junto dos tribunais, a Constituição de 1976 veio atribuir um Capítulo do Título respeitante aos Tribunais⁵. Neste, a definição das funções, a hierarquização da magistratura e a garantia de inamovibilidade, bem como a atribuição conferida, como órgão superior do Ministério Público, à Procuradoria-Geral da República tem um especial destaque. Assim, o Ministério Público

4 Sobre a criação e evolução do Centro de Estudos Judiciários e o seu papel na formação dos magistrados em Portugal, incluindo o estudo de direito comparado, ver Gomes e Pedroso (2001) e Santos, Pedroso e Branco (2006).

5 Capítulo IV do Título VI referente aos Tribunais (art.ºs 224º, 225º e 226º).

é definido constitucionalmente como uma das “componentes pessoais dos tribunais” (Canotilho e Moreira, 1985). Isto porque as demais definições, competências ou estrutura organizativa do Ministério Público são remetidas para as leis a aprovar pela Assembleia da República.

Em relação à Constituição da República, as alterações introduzidas nas revisões da Constituição de 1982, 1989, 1992 e 1997 vieram conferir uma maior especificidade às funções e atribuições dos vários órgãos judiciais, atribuindo-lhes a devida relevância constitucional⁶. Por exemplo, foi apenas na revisão de 1992 que ficou estabelecido que o Ministério Público detém um estatuto próprio e uma autonomia funcional. Tal autonomia estava, no entanto, já consagrada na sua Lei Orgânica de 1978 (Lei n.º 39/78, de 5 de Julho), e mantida nas seguintes (sendo reforçada pela Lei n.º 23/92, de 20 de Agosto). “A autonomia do Ministério Público vale face ao Governo e também face à magistratura judicial. Na sua primeira vertente ela significa que ele não depende hierarquicamente do Governo, o qual não lhe pode dirigir ordens ou instruções nem influir no respectivo governo e administração (CANOTILHO e MOREIRA, 1993, p. 80)”⁷.

Ao contrário do estipulado para os magistrados judiciais, e dado que as carreiras são paralelas mas separadas, não se inseriu então qualquer disposição referente aos magistrados do Ministério Público no texto constitucional, ficando estes integrados no Capítulo IV, referente ao Ministério Público, o qual apenas compreende duas normas (artigos 219.º e 220.º). Mesmo assim, verificou-se uma evolução face ao disposto na Constituição de 1976, na qual, embora houvesse três artigos consagrados ao Ministério Público, as suas competências eram menores, algo que veio a ser alterado com a revisão de 1992, até para se adaptar às novas competências decorrentes das revisões do Código Penal e do Código de Processo Penal, entre outras leis entretanto aprovadas. O modelo normativo do Ministério Público, no entendimento do Gomes Canotilho e Vital Moreira, assenta em três princípios: da autonomia; da hierarquia e da responsabilidade, sendo que “a responsabilidade e a hierarquia caracterizam o Ministério Público por contraposição aos juízes (irresponsabilidade e independência), enquanto a inamovibilidade aproxima os estatutos do Ministério Público e dos juízes” (1993, p. 830 e ss.). Na opinião de António Cluny, com a revisão constitucional de 1989, o Ministério Público passou, inclusive, a ser concebido e definido como órgão de iniciativa do poder judicial (1997).⁸

6 Não abordamos as revisões da Constituição da República, ocorridas em 2001, 2004 e 2005 por estas não terem tido qualquer interferência com os tribunais ou a sua organização.

7 Sobre a questão da autonomia e, também, da hierarquia ver Cluny (1997: 88 e ss.).

8 A evolução do Ministério Público pode ser analisada com maior detalhe nos relatórios do Observatório Permanente da Justiça (PEDROSO *et al.*, 2002; SANTOS *et al.*, 2006), referentes à discussão sobre a organização e geografia do sistema judicial, e no trabalho de João Paulo Dias (2004) sobre as magistraturas e a evolução da organização judiciária.

Mas o reforço da independência da administração da justiça através do aperfeiçoamento da organização do Ministério Público não foi acompanhado de uma percepção realista das interfaces existentes entre organização judiciária e processo penal. No entanto, a Constituição limita-se, na definição do Estatuto do Ministério Público, a proclamar que este “goza de estatuto próprio (...), porém não o define explicitamente (Fernando, 2004), tendo ficado a ideia de que o Ministério Público corresponde a uma magistratura que estava na tradição secular do país e não tinha sido questionado. Por outro lado, estabelece que “os agentes do Ministério Público são magistrados responsáveis, hierarquicamente subordinados e não podem ser transferidos, suspensos, aposentados ou demitidos senão nos casos previstos na lei”, atribuindo ainda à Procuradoria-Geral da República a “nomeação, colocação, transferência e promoção dos agentes do Ministério Público e o exercício da acção disciplinar” (art. 220.º). Podemos afirmar, então, que o novo regime constitucional forneceu apenas uma directiva para a estruturação das duas magistraturas como carreiras separadas.

O Estatuto Orgânico do Ministério Público: retrato e evolução

O estudo da organização judiciária, em Portugal, a partir de 1974, permite-nos identificar três períodos principais, onde se registaram as alterações legislativas mais significativas, referentes à arquitectura do sistema judicial. O primeiro foi de 1974 a 1984, ou seja, o período de transição e de consolidação do Estado de Direito, em que se procederam às reformas judiciárias necessárias à democratização do poder judicial e ao corte com o modelo vigente durante o Estado Novo. O segundo período, de 1985 a 1995, acompanha a década em que o Partido Social-democrata (PSD) foi o partido político maioritário. O terceiro período decorre de 1996 até à actualidade, e atravessa três Governos diferentes.

É nestes três períodos que a principal lei referente à organização, competências e funções do Ministério Público é alterada, adaptando-se às exigências e desafios que se foram colocando e afirmando, de acordo com outras tendências internacionais, como um actor fundamental do poder judicial.

Lei Orgânica do Ministério Público de 1978: a consagração legal da autonomia

O período que medeia a aprovação da Constituição da República e os primeiros anos da década de 80 são cruciais para se compreender o desenho e a forma de implementação da arquitectura judicial, a qual se tem mantido, com algumas alterações mais ou menos importantes, até aos nossos dias. António Cluny destaca quatro grandes mudanças operadas

neste período: 1) a autonomia das magistraturas em relação ao poder político governamental; 2) a separação das carreiras, com o reconhecimento da autonomia do MP face à magistratura judicial e em relação ao Governo; 3) o acesso das mulheres à magistratura, introduzido logo a seguir ao 25 de Abril; 4) e a formação especializada de magistrados por via da criação do Centro de Estudos Judiciários (1992, p. 136). A estas mudanças, alguns entrevistados num trabalho anterior (DIAS, 2004) juntam-lhe o facto de se ter verificado, verdadeiramente, uma maior democratização no acesso dos cidadãos à justiça.

É no final dos anos 70 que são aprovadas, então, a Lei Orgânica dos Tribunais Judiciais, o Estatuto dos Magistrados Judiciais e a Lei Orgânica do Ministério Público. Um pouco mais tarde surgiu a Lei Orgânica do Centro de Estudos Judiciários, que permitiu profissionalizar o recrutamento e ensino dos magistrados em Portugal, operando um corte com o anterior sistema (SANTOS, PEDROSO e BRANCO, 2006).

O período de 1980 até 1984 foi pouco fértil em alterações, ao contrário do que sucedeu de 1976 a 1980, reflectindo, por um lado, uma pretendida acalmia no sistema judicial, quer por parte dos actores políticos, quer pelos actores judiciais e, por outro, uma fase de necessária experimentação das reformas efectuadas, além da ocorrência de uma grave crise económico-social que centralizava a atenção dos sucessivos governos (SANTOS, 1990).

Ao proceder a uma análise da legislação aprovada neste primeiro período, detecta-se a preocupação política de operar um corte com o sistema vigente durante o Estado Novo (DIAS, 2004). Contudo, tal corte manifestou-se, como referimos, sobretudo ao nível das prerrogativas do poder judicial – autonomia, independência, inamovibilidade ou irresponsabilidade – não tanto quanto à renovação dos recursos humanos e dos recursos materiais. Se no que concerne aos recursos humanos se verificou uma continuidade da maioria dos magistrados, ainda que com alguma entrada de novos quadros (em particular no Ministério Público), no que toca aos recursos materiais não houve quase nenhuma alteração, com a manutenção de um parque judiciário obsoleto para a época.

A última das grandes leis sobre a organização judiciária a ser publicada neste período foi, como referimos, a Lei Orgânica do Ministério Público (Lei n.º 39/78, de 5 de Julho). Apesar de ser a última, e de estar em conformidade com as duas anteriores, permitiu dar um toque de inovação e autenticidade ao sistema judicial português. Antes tinha sido aprovado o Decreto-Lei n.º 917/76, de 31 de Dezembro, que veio adaptar o Ministério Público à Constituição e apressar a remodelação da instituição, renovando o Conselho Superior do Ministério Público, lançando um serviço de inspecções e criando o cargo de Vice-Procurador-Geral da República (RODRIGUES, 1999: 75).

O modelo de Ministério público adoptado foi, inclusive, mais longe do que os existentes na maioria dos países que se incluem dentro do modelo da Europa do sul, casos da França, Espanha ou Itália. Segundo alguns magistrados entrevistados (DIAS, 2004), o modelo português do Ministério Público foi largamente influenciado pelo ex-Procurador-Geral da República Cunha Rodrigues e pela acção do então Ministro da Justiça Almeida Santos (ainda que na altura da aprovação desta lei o Ministro da Justiça fosse Santos Pais). O modelo aprovado procurou fazer uma síntese virtuosa entre as concepções francesa e italiana, no que concerne à organização hierárquica (francesa) e autonomia (italiana), ainda que a versão final encontre igualmente elementos de continuidade na tradição do Ministério Público em Portugal, em especial antes do Estado Novo (RODRIGUES, 1999). No entanto, logo após a sua aprovação, já no IV Governo Constitucional, liderado por Mota Pinto, o então Ministro da Justiça Eduardo Correia tentou voltar ao modelo anterior de controlo por parte do Executivo. Esta tentativa era secundada pelo então Presidente do Supremo Tribunal de Justiça, mas contou com a discordância do Presidente da República Ramalho Eanes e a feroz oposição do Sindicato dos Magistrados do Ministério Público (comunicado de Maio/Junho de 1979).

O facto de no art. 75.º (actual art. 80.º), relativo aos poderes do Ministro da Justiça, se manter a possibilidade de dar instruções, ainda que de ordem genérica, ao Procurador-Geral da República gerou interpretações distintas e tornou-se num meio que alguns governos procuraram utilizar para se imiscuir nas acções do Ministério Público. Este artigo era igualmente polémico por permitir que o Ministro da Justiça tomasse a iniciativa da acção disciplinar relativamente aos magistrados, além de poder requisitar relatórios e informações de serviço aos diversos agentes do Ministério Público. Outra das *nuanças* desta lei referia-se ao então art. 71.º (actual 76.º), ou seja, à obrigatoriedade de acatamento, por parte dos magistrados de grau inferior, das directivas, ordens e instruções provenientes dos superiores hierárquicos. O facto de estas indicações não serem controladas e de os critérios não estarem bem explícitos gerava, e gerou até à última alteração desta lei, a possibilidade de ocorrerem abusos de autoridade e o exercício de poderes discricionários. É de lembrar que o Procurador-Geral da República era, e mantém-se, nomeado pelo Presidente da República, sob proposta do Governo.

As especificidades mais importantes do modelo português do Ministério Público são a sua autonomia face ao poder executivo e o facto de os seus agentes (também eles magistrados) desfrutarem de direitos e deveres equivalentes aos dos juizes – inclusive a existência de um Conselho Superior específico do Ministério Público, que constitui uma outra inovação do nosso modelo. Veio mesmo a consagrar-se o princípio do paralelismo das magistraturas, que era

uma das grandes reivindicações do Sindicato dos Magistrados do Ministério Público como forma de revalorizar a carreira. Outra das particularidades do nosso Ministério Público tem a ver com as competências que lhe foram atribuídas, e que rompem com o anterior modelo, como sejam a direcção da investigação criminal e o exercício da acção penal, a promoção e coordenação de acções de prevenção criminal, o controlo da constitucionalidade das leis e regulamentos, a fiscalização da Polícia Judiciária, para além da defesa dos interesses do Estado. Se algumas destas tarefas já estavam consagradas em leis anteriores, o facto de se poderem exercer com autonomia confere-lhes uma importância bastante acrescida. A questão que se colocava, e que em parte ainda se mantém, era a de saber se o Ministério Público seria capaz de exercer tão vasto rol de competências, adoptando uma postura activa, em vez da tradicional postura passiva. Porque esta lei estabelece que o Ministério Público passe a ter capacidade de iniciativa, o que é diferente de exercê-la. Algumas das funções de cariz mais social, ao nível dos trabalhadores, da família e dos menores, só viriam a ser incluídas na lei seguinte.

Embora este modelo desse um maior protagonismo ao Ministério Público, o facto é que a sua acção na área penal ficou ainda limitada devido à manutenção da figura do Juiz de Instrução Criminal com amplos poderes, algo que também só na seguinte revisão foi alterado, em consonância com as mudanças introduzidas no Código de Processo Penal de 1987 (Decreto-Lei n.º 78/87, de 17 de Fevereiro). Tudo o resto foi elaborado um pouco à imagem do Estatuto dos Magistrados Judiciais, em particular nas questões referentes às incompatibilidades, deveres e direitos, bem como no acesso à carreira e devida progressão ou em relação à aposentação, cessação e suspensão de funções e acção disciplinar.

Lei Orgânica do Ministério Público de 1986: a maturação da instituição

O período de reformas, pós-25 de Abril, que se assistiu entre 1985 e 1995, foi impulsionado, principalmente, pelos sucessivos governos do Partido Social-Democrata (PSD): Tendo sido eleito sem maioria em 1985, a sua queda em 1987, devido à aprovação de uma moção de censura, veio a traduzir-se numa maioria absoluta em 1987, a qual viria a repetir-se em 1991, podendo, deste modo, proceder às reformas sem necessidade de negociações parlamentares. Já as revisões constitucionais de 1989 e de 1992 necessitaram de uma negociação com o Partido Socialista para atingir os necessários 2/3 de votos parlamentares.

Em 1985, o Ministro empossado foi Mário Raposo, tendo como Secretário de Estado-Adjunto Garcia Marques. Entre as medidas preconizadas, destaca-se a vontade de alterar o Código de Processo Penal e melhorar os necessários serviços complementares (Instituto de Medicina Legal, Polícia

Judiciária, etc.), atribuindo ao Ministério Público maiores competências, em especial na fase de inquérito. Ainda em relação ao Ministério Público, o programa de Governo previa o retomar da proposta de alteração do estatuto do Ministério Público de acordo com a revisão do Código de Processo Penal e do Código Penal. Propunham, assim, reforçar os meios humanos e materiais de modo a dar melhores instrumentos para a aplicação da justiça. Facto curioso foi o de as três leis (Lei Orgânica dos Tribunais Judiciais, Estatuto dos Magistrados Judiciais e Lei Orgânica do Ministério Público) terem sido aprovadas durante a vigência de um Governo minoritário, sem garantias de apoio parlamentar. A nova maioria absoluta conquistada pelo PSD, em 1991, confirmou Laborinho Lúcio como Ministro da Justiça.

Entre a aprovação da primeira e a da segunda lei não se detectaram quaisquer mudanças legislativas que pudessem alterar a estrutura, organização ou competências do Ministério Público. A aprovação da segunda Lei Orgânica do Ministério Público (Lei n.º 47/86, de 15 de Outubro) ocorreu um ano após a publicação do Estatuto dos Magistrados Judiciais. Este facto pode encontrar explicações, por um lado, na tentativa de elaborar uma Lei Orgânica do Ministério Público, em alguns aspectos, idêntica ao Estatuto dos Magistrados Judiciais ou, por outro, na superação de alguns direitos e regalias em comparação com os juizes. No que respeita a esta segunda explicação, existem dois dados que nos ajudam a comprovar esta ideia. O primeiro deve-se ao facto de, alguns meses depois da aprovação do Estatuto dos Magistrados Judiciais, ter sido publicada a Lei n.º 24/85, de 9 de Agosto, que concedia aos magistrados do Ministério Público os mesmos direitos consagrados aos juizes no seu Estatuto. O segundo dado constata-se pelo teor do Decreto-Lei n.º 242/88, de 28 de Setembro, que atribui aos juizes jubilados os mesmos direitos que a Lei Orgânica do Ministério Público consagra aos magistrados reformados do Ministério Público. Cunha Rodrigues afirma, inclusive, que esta lei “ (...) introduziu apenas modificações de pormenor, tendo tido por finalidade essencial aproximar aspectos dos estatutos da magistratura judicial e do Ministério Público. E, em 1990, a Lei n.º 2/90, de 20 Janeiro, alterou o sistema retributivo dos magistrados do Ministério Público, em paralelismo com o da magistratura judicial” (1999, p. 75).

A estratégia seguida na concretização do princípio do paralelismo entre as magistraturas parece ser o de elevar constantemente a fasquia das regalias e direitos, ao mesmo tempo que os deveres, obrigações e responsabilidades se mantêm relativamente estáveis. Isto é, sempre que se aprova uma nova lei orgânica referente a uma magistratura procura-se puxar para cima o capítulo dos direitos e regalias, sabendo que esses mesmos direitos e regalias serão rapidamente estendidos à outra magistratura.

Em relação a esta lei, já o Sindicato dos Magistrados do Ministério Público afirmava, na sua Informação Sindical n.º 45, de 1986, que ela mantinha, no essencial, a lei anterior. Embora concordasse com algumas disposições inovadoras, o facto de se manterem muitas outras levou a que criticasse a pouca ambição desta Lei. Sucintamente, concordou o Sindicato com a consagração do papel do Ministério Público na defesa da independência dos tribunais, a possibilidade de criação do Vice-Procurador-Geral Distrital, a introdução da opção de renúncia à promoção ou a abolição do sexénio. Opôs-se, contudo, à não fixação do quadro de magistrados do Ministério Público, ao facto de ser o Procurador-Geral da República a designar os Procuradores-Gerais-Adjuntos nos tribunais superiores, à distribuição da representatividade no Conselho Superior do Ministério Público, à não eliminação da obrigação do Ministério Público defender os interesses particulares do Estado e à não retirada dos poderes directivos do Ministro da Justiça, entre outros aspectos. No entanto, esta lei veio clarificar e aumentar as competências do Ministério Público, razão pela qual o Sindicato não se opôs, apesar de algumas críticas, à sua aprovação. Afinal, o Ministério Público conseguia consagrar uma velha aspiração, a de serem os detentores do exercício da acção penal, o que, juntamente com a aprovação do Código de Processo Penal, permitiu que passasse a ser responsável pela realização da instrução criminal (agora inquérito). Esta alteração substancial veio permitir uma revalorização da importância desta magistratura no seio do poder judicial. Esta lei veio a ser complementada com a aprovação da Lei de Autonomia do Ministério Público (Lei n.º 23/92, de 20 de Agosto), que veio a alterar a Lei Orgânica do Ministério Público nalguns aspectos importantes.

À competência exclusiva do exercício da acção penal, acresce a introdução das competências no patrocínio dos direitos sociais (laborais e familiares) e do dever de representar os incapazes, os incertos e os ausentes. Embora a “tradição” da actuação do Ministério Público nas áreas sociais tenha raízes históricas, o seu exercício com maior autonomia e com um role de competências alargadas veio a determinar uma acção mais preponderante.

A orgânica do Ministério Público pouco foi mexida com esta lei, com a excepção de uma melhor clarificação dos diferentes órgãos, incorporando o alargamento de competências verificado. Uma das poucas alterações verificadas nos órgãos do Ministério Público surge relativamente à composição do Conselho Superior do Ministério Público, posteriormente modificada também pela Lei 23/92, de 20 de Agosto.

Outras medidas foram introduzidas: acaba-se com o sexénio (à imagem do que aconteceu com os juízes), que impedia que os magistrados estivessem

mais de seis anos no mesmo tribunal; e os poderes do Ministro da Justiça deixam de ser directivos e de vigilância para se tornarem mais genéricos e consultivos, terminando, por exemplo, com a possibilidade de tomar a iniciativa da acção disciplinar relativamente aos magistrados. Os poderes do Ministro da Justiça limitam-se, assim, à solicitação de informações e relatórios e à possibilidade de dar instruções de carácter específico nas acções cíveis em que o Estado seja parte interessada.

A evolução do item referente aos vencimentos é, por sua vez, praticamente igual ao estipulado para os magistrados judiciais⁹, assim como os itens relacionados com o direito a casa ou os direitos especiais, por serem reproduzidos quase na íntegra. A reprodução de disposições provenientes do Estatuto dos Magistrados Judiciais aplica-se também em relação às classificações dos magistrados¹⁰.

Enquanto esta Lei Orgânica contemplou mais o aperfeiçoamento das competências do Ministério Público, face ao novo papel na área criminal, do que a reorganização dos seus órgãos, com a segunda revisão constitucional abriu-se a porta para a aprovação da Lei de Autonomia do Ministério Público (Lei n.º 23/92, de 20 de Agosto) que veio introduzir algumas importantes alterações, das quais destacamos: a cooperação do Ministério Público nas acções de prevenção criminal, deixando de ser o coordenador; a impossibilidade de fiscalizar administrativa e disciplinarmente os órgãos de polícia criminal; a alteração da composição do Conselho Superior do Ministério Público, aumentando a representatividade da Assembleia da República, com a designação de 5 dos seus 19 membros; e a eliminação dos poderes de instrução genérica do Ministro da Justiça.

A experiência autonómica do Ministério Público, a que alguns colocavam reservas de doutrina e outros de funcionamento, na opinião de Cunha Rodrigues (1999), revelou-se positiva e, com uma ou outra dificuldade de percurso, saldou-se pelo reforço da opinião comum sobre a independência da administração da justiça e por uma melhor articulação entre os vários subsistemas que operam na área judicial. Permitiu, sobretudo, que, em tempos de profunda densidade política e ideológica e de renhida disputa partidária, a isenção do Ministério Público (magistratura tradicionalmente suspeita de compromisso com o poder político) não tivesse sido geralmente posta em causa.

9 A matéria relacionada com os vencimentos foi clarificada e melhorada com a Lei n.º 2/90, de 20 de Janeiro, que vem dizer que o sistema retributivo dos magistrados do Ministério Público é composto pela remuneração base e por suplementos. É nos suplementos que se podem verificar aumentos significativos, distinguindo-se do valor referente ao correspondente índice da função pública.

10 Esta duplicação de legislação, sempre que se abordam direitos e regalias das duas magistraturas, poderá levar à questão da utilidade em haver um estatuto comum, que, por um lado, harmonize os deveres e direitos e, por outro, evite o “puxar para cima” sempre que um novo estatuto é aprovado.

Estatuto do Ministério Público de 1998: tempo de prestação de contas públicas

O período entre 1996 e 2010 corresponde ao terceiro e último período de aplicação de reformas na organização judiciária, em Portugal, no pós-25 de Abril de 1974. Neste período foram igualmente aprovadas novas versões das três leis referentes à organização dos tribunais, dos juízes e do Ministério Público¹¹. A aprovação destas leis deu-se durante o Governo do Partido Socialista, nos anos de 1998 e 1999, tendo como Ministro da Justiça Vera Jardim. Nos anos subsequentes, mesmo com a subida ao poder do Partido Social-Democrata (em aliança com o CDS - Partido Popular), entre 2003 e 2005, e o posterior regresso, com maioria absoluta, do Partido Socialista, desde 2005, não se registaram alterações nestas leis^{12/13}. Privilegiou-se o “ataque” aos factores de congestionamento e morosidade dos tribunais, ainda que as reformas introduzidas tenham sentido carências financeiras para poderem produzir os devidos resultados, como foi o caso da reforma da acção executiva. Neste momento, assiste-se a um novo ímpeto reformista (reorganização do mapa judiciário, introdução de mecanismos alternativos de resolução de conflitos com maior vigor, novo incursão sobre a acção executiva, desmaterialização dos procedimentos, etc.), ainda que permaneça a dúvida de que, sem os meios adequados, estas reformas possam não atingir os seus objectivos.

Os últimos anos foram, igualmente, marcados por uma grande mediatização da justiça penal e, em particular, a acção do Ministério Público. Vários casos expuseram a capacidade de investigação do Ministério Público, ficando, assim, sujeito ao escrutínio público e à mercê das críticas, positivas ou negativas, em função dos interesses em jogo. De facto, uma liderança contestada, na figura do Procurador-Geral da República, José Souto Moura, a quem competia gerir mediaticamente estes processos, originou uma grande desestabilização na instituição. A sucessão de eventos registados na primeira metade da década provou que o período de maturação da intervenção do Ministério Público, que ocorreu no período anterior, está agora sujeito a uma prestação de contas públicas cada vez mais exigente, pelas mais diversas razões. O novo Procurador-Geral da República, Pinto Monteiro, empossado em 2006, recebeu, deste modo, uma dupla tarefa: por um lado, garantir a estabilização da instituição, de modo a que possa funcionar sem os sobressaltos que registou nos anos anteriores; e, por outro,

11 O Estatuto dos Magistrados Judiciais (Lei n.º 21/85, de 30 de Julho) foi apenas alterado em cerca de 55 artigos dos perto de 200 que continha o anterior Estatuto, ainda que por vezes substancialmente.

12 Com a excepção da referente à alteração do período de férias judiciais, com implicações nalguns artigos relativos a esta matéria (Lei n.º 42/2005, de 29 de Agosto).

13 Em 2009, o PS voltou a ganhar as eleições legislativas, mas desta vez sem maioria absoluta. Desde então, a governação é mais complexa, exigindo-se maiores negociações na aprovação de novas leis.

garantir as condições para uma mais eficiente e credível actuação, que será escrutinada, política e publicamente, em função dos resultados alcançados nas diversas frentes de actuação, com especial realce para a área penal. Os recentes desenvolvimentos da actuação do Ministério Público demonstram um percurso errático e complexo, com uma difícil relação mediática combinada com uma estratégia pessoalista na gestão do Ministério Público, dando origem uma dupla contestação. Interna, por parte dos magistrados do Ministério Público; externa, por parte da opinião pública e de vários partidos da oposição.

Voltando ao Estatuto do Ministério Público (Lei n.º 60/98, de 27 de Agosto), constata-se que esta foi a primeira lei sobre a organização judiciária a ser aprovada neste período. Este Estatuto, há muito esperado, parece ter vindo a contento das reivindicações do Sindicato dos Magistrados do Ministério Público, de tal modo que na Informação Sindical 131/98 se recusam as críticas de outros operadores judiciários, em especial dos juízes, no que toca ao reforço dos seus poderes, em desfavor dos juízes de instrução criminal. A Associação Sindical dos Juízes Portugueses opôs-se igualmente à atribuição de competências ao Ministério Público para realizar acções de prevenção criminal. Entendiam que estas competências são da competência do Governo, devendo o Ministério Público executar a política criminal e não defini-la. Deste modo, no seu Boletim n.º 3, de 1998, levantam-se grandes dúvidas sobre a constitucionalidade desta disposição, que acabou, no entanto, por ser aprovada.

A primeira diferença face às leis precedentes relaciona-se com a sua designação, deixando de ser uma lei orgânica para passar a ser um estatuto. Na opinião de Cunha Rodrigues “ (...) retomou-se o conceito de estatuto por arrastamento do Estatuto dos Magistrados Judiciais e por se considerar que ele materializa, de forma mais activa, as garantias e as prerrogativas dos magistrados” (1999, p. 78).

Em relação às alterações introduzidas no sentido de dotar o Ministério Público de estruturas capazes de executar as suas competências e de adaptar o seu funcionamento aos novos códigos em vigor, podemos afirmar que as principais medidas adoptadas ao nível das estruturas dizem respeito à criação de novos órgãos de investigação criminal, nomeadamente o Departamento Central de Investigação e Acção Penal e os Departamentos de Investigação e Acção Penal distritais. Muitas das modificações verificadas vão mais no sentido de reorganizar o diploma, limando algumas disposições ao nível linguístico, do que propriamente alterar o conteúdo dos artigos ou reformular as suas estruturas ou competências. Um magistrado do Ministério Público entrevistado, e referido em Dias (2004, p. 103), diz peremptoriamente que:

No fundamental esta lei, contrariamente àquilo que as pessoas dizem, não veio alterar grande coisa relativamente à estrutura e ao fundamento. O que veio é reorganizar um pouco internamente, com a ideia de obter uma determinada eficácia. Essa reorganização interna, com a ideia da eficácia, passou também por uma nítida ideia de concentração de poder. Não me atrevo a dizer que era a ideia que estava por detrás, porque somos confrontados com a seguinte dificuldade: temos uma estrutura arcaica para a investigação criminal que é preciso fazer actualmente - (Ent. 6 – Magistrado do MP).

As primeiras grandes mudanças surgem, como já se referiu, ao nível das competências do Ministério Público. Para além da promoção e realização de acções de prevenção criminal, o Ministério Público passa a participar na execução da política criminal definida pelos órgãos de soberania, devendo exercer as suas funções na área penal orientadas pelo princípio da legalidade (que se mantém como pedra chave da sua actuação criminal). Isto é, em 1998, com o Partido Socialista no Governo, reforçou-se o vínculo a este princípio, mas posteriormente, o mesmo partido, iniciou uma discussão de modo a poder alterá-lo – complementando com o princípio da oportunidade – sem que os contornos de tal mudança fossem claros.

A organização do Ministério Público é então alterada. Surge um novo órgão de coordenação e de direcção da investigação da criminalidade violenta, altamente organizada ou de especial complexidade: o Departamento Central de Investigação e Acção Penal. A sua composição, além de magistrados do Ministério Público, contempla a coadjuvação das várias polícias com funções criminais, de modo a estabelecer uma melhor coordenação entre os vários órgãos envolvidos. Sobre a criação deste órgão, a Associação Sindical dos Juizes Portugueses manifestou-se (Boletim n.º 3 de 1998) no sentido de exigir a criação do correspondente Tribunal Central de Instrução Criminal, bem como os tribunais correspondentes aos Departamentos de Investigação e Acção Penal distritais (também consagrados nesta lei), o que veio a ser contemplado na Lei Orgânica de Funcionamento dos Tribunais Judiciais. A expansão destes órgãos implicou também a existência de quadros graduados para o efeito, facto que originou um aumento das categorias superiores.

As funções das várias categorias dos magistrados do Ministério Público foram bastante clarificadas. A especificação das competências jurídicas e territoriais dos magistrados do Ministério Público é tanto mais importante quanto se trata de uma magistratura hierarquizada, exigindo-se uma grande transparência no exercício das suas funções, bem como uma correcta delimitação das fronteiras entre as diferentes categorias.

Deste modo, os superiores hierárquicos são obrigados, quando solicitados, a emitir por escrito as ordens ou instruções referentes a determinados processos. No caso dos magistrados se recusarem a obedecer por qualquer razão, tal posição deve ser também efectuada por escrito, devidamente fundamentada.

No capítulo das classificações houve igualmente poucas alterações, o mesmo já não acontecendo ao nível dos movimentos, onde as mudanças foram muitas. Estas ocorreram essencialmente nas matérias respeitantes ao acesso às várias categorias e lugares dentro do Ministério Público, uma vez que com a criação de novos órgãos houve a necessidade de criar os respectivos lugares, como aconteceu com os Departamentos de Investigação e Acção Penal. Estipularam-se assim os critérios exigidos, bem como as competências mínimas, para o exercício de determinadas funções.

Analisando-se a legislação produzida sobre o Ministério Público, e tendo igualmente como pano de fundo a restante legislação sobre a organização judiciária (Lei de Organização e Funcionamento dos Tribunais Judiciais e Estatuto dos Magistrados Judiciais) conseguiu detectar-se a preocupação política de cortar, ao longo do tempo, as ligações ao sistema vigente no Estado Novo. Contudo, o corte verificado manifestou-se mais ao nível das prerrogativas do poder judicial – autonomia, independência, inamovibilidade ou (ir) responsabilidade – do que em relação à renovação, quer dos recursos humanos, quer dos recursos materiais, para além da reestruturação da organização do sistema no seu todo. A evolução foi bastante lenta e, durante muito tempo, não acompanhou minimamente as necessidades e o crescimento da procura de tutela judicial. Como refere Pena dos Reis: “ (...) o aparelho de administração da justiça revelou uma capacidade de resposta muitas vezes insuficiente, tardia, burocratizada, deixando perceber a existência de sérias contradições e hesitações nos órgãos de poder e na sociedade quanto à sua planificação e organização e ao seu papel” (1999: 79).

As reformas neste período, pode acrescentar-se, preocuparam-se mais em actualizar e adaptar legislativamente as instituições judiciárias à própria evolução do Estado e do sistema democrático do que em mudar radicalmente a filosofia do sistema. Assim, privilegiou-se a melhoria do funcionamento do aparelho judiciário, em termos organizativos e tecnológicos, e em menor escala no crescimento dos recursos humanos, procurando modernizar o sistema judicial. Apesar disso, a crónica discrepância (crescente) entre procura e oferta judicial leva-nos a reflectir sobre a real prioridade que os sucessivos governos colocaram na sua resolução, verificando-se quase sistematicamente que o crescimento, real ou percentual, do orçamento da justiça é bastante inferior ao registado em

outras áreas como a saúde, a educação ou a segurança social, para não mencionar as obras públicas.

A equipa do Ministério da Justiça, saída do Governo maioritário do Partido Socialista de 2005, que teve como Ministro da Justiça Alberto Costa, quis adoptar uma postura diferente. Nos seus propósitos, numa fase inicial, esteve a implementação de várias medidas que, mexendo o mínimo a nível das leis orgânicas e estatutos, procuraram melhorar os pontos identificados como ineficientes, aliás fundamentais para aperfeiçoar a administração da justiça. Contudo, a falta de investimento para poder efectuar algumas das reformas principais, como a implementação da reforma da acção executiva, da reestruturação do mapa judiciário ou da criação e alargamento dos meios alternativos/complementares de resolução de conflitos, limitou sobremaneira o êxito de tais intentos.

O Pacto de Justiça, firmado em Setembro de 2006, entre os dois maiores partidos políticos (PS e PSD), trouxe uma grande novidade em termos de justiça, com o estabelecimento de um conjunto de entendimentos para a realização de reformas a vários níveis, desde a reforma dos códigos penal e de processo penal, à alteração do mapa judiciário, passando pela introdução da mediação penal, da alteração da acção executiva ou da modificação no sistema de acesso às magistraturas, entre outros aspectos. Este Pacto estabeleceu um calendário para a execução destas reformas e um compromisso de votação favorável na generalidade e subscrição de projectos conjuntos na especialidade.¹⁴ Contudo, os resultados foram parcos e rapidamente o Pacto se desfez.

Após as últimas eleições legislativas de 2009, tomou posse como Ministro da Justiça Alberto Martins, adoptando, desde o início, uma postura muito mais dialogante e colaboradora com as profissões jurídicas. No entanto, esta mudança não surgiu os efeitos esperados pelo contexto de crise económica em que se gerou e por via das medidas de austeridade económica que o Governo adoptou. Esta linha de orientação orçamental, aliada a uma enorme debilidade financeira do próprio Ministério da Justiça, é geradora de uma capacidade mínima de resolução dos problemas diagnosticados.

Ao nível do Estatuto do Ministério Público, em 2011, está prevista a adopção de algumas mudanças minimalistas que procuram, acima de tudo, dar resposta a previsível redução dos efectivos. Isto é, com as medidas de austeridade adoptadas, que inclui a redução dos vencimentos e subsídios complementares, muitos magistrados do Ministério Público estão a optar pela reforma, desfalcando os quadros de magistrados. Acresce o recente

¹⁴ O Pacto da Justiça surgiu numa altura sensível, relativa à nomeação do novo Procurador-Geral da República, após um apelo do Presidente da República para uma concertação de posições para a definição do nome a propor. Em resultado desta negociação, foi nomeado, sem oposição, o Juiz Conselheiro Fernando Pinto Monteiro (tomou posse a 9 de Outubro de 2006).

congelamento aprovado na admissão de novos magistrados, com o encerramento do concurso de 2011 para entrada na carreira. Deste modo, a medida prevista vai no sentido de permitir que magistrados jubilados possam continuar a exercer funções para além do limite de 70 anos previsto anteriormente, como forma de minimizar um pouco a redução dos efectivos.

As funções e os órgãos do Ministério Público

As funções do Ministério Público

A Lei n.º 60/98, de 27 de Agosto, que surgiu, pela primeira vez, com a epígrafe de Estatuto do Ministério Público (EMP), na sequência da revisão constitucional de 1997, introduziu uma nova definição de Ministério Público, segundo a qual “o Ministério Público representa o Estado, defende os interesses que a lei determinar, participa na execução da política criminal definida pelos órgãos de soberania, exerce a acção penal orientada pelo princípio da legalidade e defende a legalidade democrática, nos termos da Constituição, do presente Estatuto e da lei” (art.º1.º, n.º 1). Esta redacção tem a virtualidade de especificar o tipo complexo de atribuições cometidas ao Ministério Público e, nessa medida, acaba por definir os traços da sua “nova” identidade (Rodrigues, 1999a).

Uma das características essenciais do Ministério Público, em Portugal, prende-se com o seu poliformismo e o conjunto vasto, heterogéneo e transversal das suas atribuições e competências. Segundo Gomes Canotilho e Vital Moreira (1993), as funções do Ministério Público poder-se-iam agrupar em quatro áreas: “representar o Estado, nomeadamente nos tribunais, nas causas em que ele seja parte, funcionando como uma espécie de Advogado do Estado; exercer a acção penal (...); defender a legalidade democrática, intervindo, entre outras coisas, no contencioso administrativo e fiscal e na fiscalização da constitucionalidade; defender os interesses de determinadas pessoas mais carenciadas de protecção, designadamente, verificados certos requisitos, os menores, os ausentes, os trabalhadores, etc.” (1993).¹⁵

Nos termos do EMP, ao Ministério Público compete, assim, representar o Estado¹⁶, as Regiões Autónomas, as autarquias locais,

15 Os mesmos AA. defendem ainda que o exercício simultâneo destas várias funções pode não ser isento de conflitos e incompatibilidades, pois nem sempre a defesa dos interesses privados do Estado pode ser harmonizável com, por exemplo, a defesa da legalidade democrática (1993).

16 De interesse neste âmbito é saber se se trata verdadeiramente de um patrocínio judiciário ou de uma representação. Sérvulo Correia (2001), referindo-se à matéria administrativa, parece entender tratar-se aqui de um patrocínio judiciário. No mesmo sentido, parece entender também Cunha Rodrigues (1999a: 156), ao referir-se a esta actividade desenvolvida pelo Ministério Público como ao “exercício da advocacia do Estado”. Em sentido contrário, embora referindo-se à actuação do Ministério Público na jurisdição cível, Carlos Lopes do Rego (2000, p. 83), segundo o qual “trata-se de verdadeira representação orgânica da Administração Central perante os tribunais – e não de mero patrocínio judiciário exercido pelos agentes do Ministério Público”, o que importaria, na opinião do Autor, uma obrigatoriedade de representação,

os incapazes, os incertos e os ausentes em parte incerta; participar na execução da política criminal definida pelos órgãos de soberania; exercer a acção penal orientada pelo princípio da legalidade; exercer o patrocínio officioso dos trabalhadores e suas famílias na defesa dos seus direitos de carácter social; assumir, nos casos previstos na lei, a defesa de interesses colectivos e difusos; defender a independência dos tribunais nas áreas das suas atribuições, e velar para que a função jurisdicional se exerça em conformidade com a Constituição e as leis; promover a execução das decisões dos tribunais para que tenha legitimidade; dirigir a investigação criminal, ainda quando realizada por outras entidades; prover e realizar acções de prevenção criminal; fiscalizar a constitucionalidade dos actos normativos; intervir nos processos de falência e de insolvência e em todos os que envolvam interesse público; exercer funções consultivas; fiscalizar a actividade processual dos órgãos de polícia criminal; recorrer sempre que a decisão seja efeito de conluio das partes no sentido de fraudar a lei ou tenha sido proferida com violação de lei expressa; bem como exercer as demais funções conferidas por lei¹⁷ (cf. art.º 3.º).

Estas atribuições do Ministério Público estão, ainda, previstas e dispersas pelas leis de processo e em legislação avulsa¹⁸. O Ministério Público pode intervir principal¹⁹ ou acessoriamente, consoante represente, seja principal representante da parte ou lhe cumpra apenas uma função de zelar pelos interesses que lhe são atribuídos por lei.

Podemos, assim, concluir que a actuação do Ministério Público, além de transversal a todo o processo, assume funções diferenciadas, posicionando-se, no processo, ora como autor, ora como réu, ou, ainda, como *amicus curiae*.

constituindo a intervenção de mandatário judicial, nos termos do art.º 20.º, n.º 1, do Código de Processo Civil, uma situação excepcionalíssima, carecedora de “preceito constante de lei da Assembleia da República ou de decreto-lei credenciado por autorização legislativa, já que nos movemos em matéria – competência e atribuições do Ministério Público – situada no âmbito da competência legislativa reservada da Assembleia da República (art.º 165.º, n.º 1, al. p) CRP)” (2000: 98)

17 Como exemplo destas funções residuais previstas na lei, destaca-se a função de articulação entre os serviços de apoio à decisão e à execução da decisão e o Tribunal, no âmbito da legislação de menores.

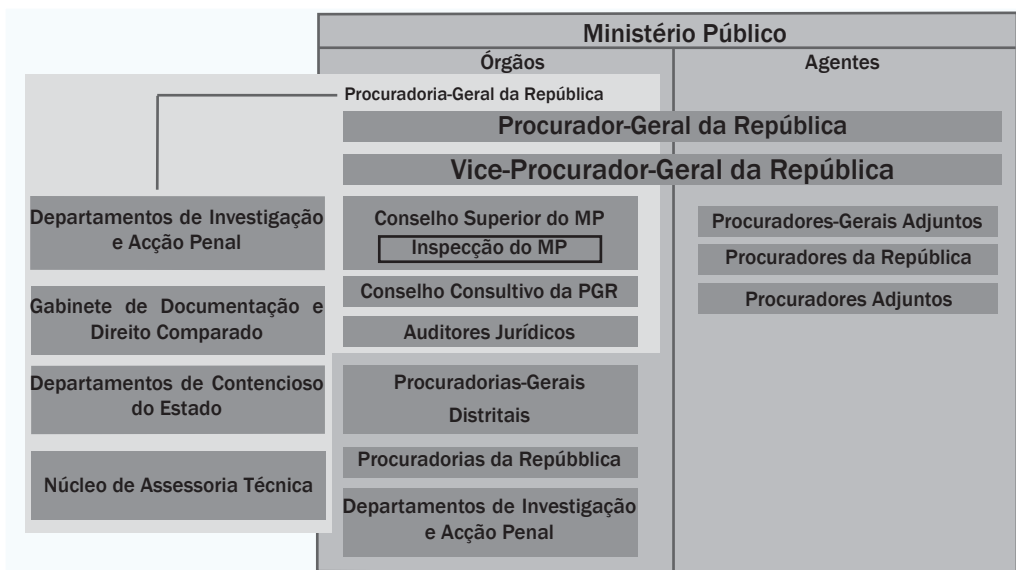
18 A título de exemplo, as funções de representação do Estado encontram-se previstas nos art.ºs 20.º do Código de Processo Civil, 11.º, n.º 2, do Código do Processo dos Tribunais Administrativos e 6.º do Código de Processo do Trabalho; as de representação dos incapazes, incertos e ausentes em parte incerta nos arts. 15.º a 17.º do Código de Processo Civil; o patrocínio officioso dos trabalhadores e suas famílias nos arts. 7.º, al. a) e b), do Código de Processo do Trabalho e 85.º, al. d), da Lei de Organização e Funcionamento dos Tribunais Judiciais; a defesa de interesses colectivos e difusos no art.º 26.º-A, do Código de Processo Civil.

19 A intervenção do Ministério Público é principal quando, nos termos do art.º 5.º do EMP, representa o Estado, as Regiões Autónomas e as autarquias locais (nestes dois últimos casos, desde que não seja constituído mandatário próprio), incapazes, incertos ou ausentes em parte incerta (desde que os representantes legais não se oponham a tal intervenção formalmente no processo); exerce o patrocínio officioso dos trabalhadores e suas famílias; representa interesses colectivos ou difusos; nos inventários exigidos por lei; nos demais casos em que a lei lhe atribua competência para intervir nessa qualidade.

A organização do Ministério Público

Segundo a Exposição de Motivos da Proposta de Lei n.º 113/VII, que deu origem à Lei n.º 60/98, de 27 de Agosto, a alteração do Estatuto do Ministério Público teve como preocupação a redefinição das competências dos vários magistrados e a criação de novos órgãos vocacionados para a resolução de problemas concretos, num esforço de organização interna, reconhecendo o poliformismo do Ministério Público, que exerce “competências nas áreas constitucional, cível, criminal, social, de menores, administrativa e tributária, ora agindo em funções típicas de magistrado, ora em representação de interesses sociais e colectivos, ora na função de advogado do Estado ou de defensor da legalidade, [o que] tem obrigado a considerável esforço de organização, formação e métodos de trabalho em contextos de elevado volume processual e de graves carências de apoio”.

Figura 1: Estrutura do Ministério Público



Assim, actualmente, o Estatuto do Ministério Público define como órgãos a Procuradoria-Geral da República, as procuradorias-gerais distritais e as procuradorias da República (cf. art. 7.º), e, como agentes do Ministério Público, o Procurador-Geral da República, o Vice-Procurador-Geral da República, os Procuradores-Gerais-Adjuntos, os procuradores da República e os procuradores-adjuntos (cf. art. 8.º, n.º 1)²⁰.

²⁰ Os agentes do Ministério Público podem, ainda, ser coadjuvados por assessores (cf. art. 8.º, n.2). A instituição da assessoria e a definição das suas competências foi instituída pela Lei n.º 2/98, de 8 de janeiro, nos termos da qual “o Supremo Tribunal de Justiça e os tribunais de Relação dispõem de assessores que coadjuvam os magistrados judiciais e os magistrados do Ministério Público”, prevendo-se a possibilidade de existência de assessores nos tribunais de 1.ª instância “quando a complexidade e o volume de serviço o justificarem” (cf. art. 1.º). Aos assessores compete “proferir despachos de mero expediente; preparar a agenda dos serviços a efectuar; elaborar projectos de peças processuais; proceder à pesquisa da legislação, jurisprudência e doutrina necessárias à preparação das decisões e das promoções nos processos; su-

A Procuradoria-Geral da República, que é o órgão superior do Ministério Público, compreende o Procurador-Geral da República, o Conselho Superior do Ministério Público²¹, o Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República, os auditores jurídicos e os serviços de apoio técnico e administrativo²².

O Procurador-Geral da República, que preside à Procuradoria-Geral da República, é apoiado por um Gabinete, composto pelo chefe de Gabinete, seis assessores e dois secretários pessoais²³, e é coadjuvado e substituído pelo Vice-Procurador da República, nomeado pelo Conselho Superior do Ministério Público. Nos tribunais superiores (Supremo Tribunal de Justiça, Tribunal Constitucional, Supremo Tribunal Administrativo e Tribunal de Contas), o Procurador-Geral da República é ainda coadjuvado e substituído por Procuradores-Gerais-Adjuntos, cabendo ao Procurador-Geral designar, bienalmente, o coordenador da actividade do Ministério Público em cada um daqueles tribunais (cf. art. 13.º EMP).

Uma das atribuições da Procuradoria-Geral da República prende-se com o exercício de funções consultivas. Essas funções são exercidas através do Conselho Consultivo, que é composto pelo Procurador-Geral da República e por Procuradores-Gerais-Adjuntos²⁴.

Também os auditores jurídicos, categoria exercida por Procurador-Geral Adjunto junto da Assembleia da República, de cada Ministério e dos Ministérios da República para as Regiões Autónomas, exercem funções de consulta e apoio jurídicos junto das entidades dos quais funcionem²⁵.

De entre os novos departamentos criados pelo Estatuto, destacam-se os departamentos de contencioso do Estado, o Departamento Central de Investigação e Acção Penal (DCIAP) e os Departamentos de Investigação e Acção Penal (DIAP). Com a Lei n.º 60/98, de 27 de Agosto, ficaram

mariar as decisões e as promoções, a legislação, a jurisprudência e a doutrina de maior interesse científico e integrá-las em ficheiros ou em base de dados; e colaborar na organização e actualização da biblioteca do tribunal (cf. art. 2.º, n.º1).

21 O Conselho Superior do Ministério Público, dada a sua importância, será analisado num ponto autónomo, que introduziremos a seguir.

22 A orgânica dos serviços da Procuradoria-Geral da República está estabelecida pelo Decreto-Lei n.º 333/99, de 20 de Agosto (que revogou o anterior Decreto Regulamentar n.º 64/87, de 23 de Dezembro). Segundo o preâmbulo daquele diploma, a reorganização dos serviços da PGR teve como critérios a "racionalidade, eficácia e mínimo custo".

23 Cf. art. 1.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 333/99, de 20 de Agosto (orgânica dos serviços da PGR).

24 Ao Conselho Consultivo compete, entre outras funções, emitir parecer restrito a matéria de legalidade nos casos de consulta previstos na lei ou a solicitação do Presidente da Assembleia da República ou do Governo; pronunciar-se, a pedido do Governo, acerca da formulação e conteúdo jurídico de projectos de diplomas legislativos; pronunciar-se sobre a legalidade dos contratos em que o Estado seja interessado, quando o seu parecer for exigido por lei ou solicitado pelo Governo; e informar o Governo, por intermédio do Ministro da Justiça, acerca de quaisquer obscuridades, deficiências ou contradições dos textos legais e propor as devidas alterações (cf. art. 37.º do EMP) e é, actualmente, composto pelo Procurador-Geral da República e oito vogais.

25 Cf. art. 44.º e 4.º do EMP.

na dependência da Procuradoria-Geral da República, para além do Departamento Central de Investigação e Acção Penal (DCIAP), o Gabinete de Documentação e de Direito Comparado (GDCC)²⁶, o Núcleo de Assessoria Técnica (NAT)²⁷ e os Departamentos de Contencioso do Estado.

Na Exposição de Motivos que acompanhou a Proposta de Lei que deu origem à Lei n.º 60/98, o legislador considerou que “a emergência de novos fenómenos de criminalidade associada e induzida pelo consumo de estupefacientes, a mobilidade e estruturação dos grupos e sub-culturas delinquentes, a sofisticação das novas formas de acção e organização da criminalidade de colarinho branco tornaram patentes as insuficiências e fragilidades do sistema” e que se tornou “manifesto que um órgão fechado em si mesmo, sem valências de especialização, modelado segundo critérios rígidos de competência territorial na base da comarca, sem ligação à prevenção e à investigação policial e às suas formas de organização territorial e material não poderia dar resposta suficiente às novas solicitações”. Assim, foram criados o Departamento Central de Investigação e Acção Penal (DCIAP), que se destina à coordenação e direcção da investigação e da prevenção da criminalidade violenta, altamente organizada ou de especial complexidade²⁸, e os Departamentos de Investigação e Acção Penal (DIAP)²⁹, que se podem estruturar por secções “em função da natureza e frequência dos crimes” (cf. art. 72.º, n.º 1)³⁰.

Os departamentos de contencioso do Estado³¹, também criados pela

26 Ao GDCC compete, entre várias competências, prestar assessoria jurídica, recolher, tratar e difundir informação jurídica (cf. art. 48.º, n.º 1, do EMP).

27 O NAT foi criado pela Lei n.º 1/97, de 16 de Janeiro, destinando-se a “assegurar a assessoria e consultadoria técnica ao Ministério Público em matéria económica, financeira, bancária, contabilística e de mercado de valores mobiliários” (cf. art. 1.º, n.º 2).

28 Cf. art. 46.º do EMP. O DCIAP é constituído por um procurador-geral adjunto, que o dirige, e por procuradores da República e compete-lhe coordenar a direcção da investigação dos seguintes crimes: crimes contra a paz e a humanidade; organização terrorista e terrorismo; crimes contra a segurança do Estado, com excepção dos crimes eleitorais; tráfico de estupefacientes, substâncias psicotrópicas e precursores, salvo tratando-se de situações de distribuição directa ao consumidor, e associação criminosa para o tráfico; branqueamento de capitais; corrupção, peculato e participação económica em negócio; insolvência dolosa; administração danosa em unidade económica do sector público; fraude na obtenção ou desvio de subsídio, subvenção ou crédito; infracções económico-financeiras cometidas de forma organizada, nomeadamente com recurso à tecnologia informática; e infracções económico-financeiras de dimensão internacional ou transnacional.” (cf. art. 47.º, n.º 3, al. b), do EMP).

29 O EMP criou um DIAP em sede de cada distrito judicial, prevendo-se a possibilidade de criação, através de portaria do Ministério da Justiça, ouvido o Conselho Superior do Ministério Público, de DIAP em comarcas de elevado volume processual, ou seja, em comarcas que “registem entradas superiores a 5.000 inquéritos anualmente e em, pelo menos, três dos últimos cinco anos judiciais” (cf. art. 71.º). Actualmente existem, em Portugal, 4 DIAP, instalados pela Portaria n.º 754/99, de 27 de Agosto.

30 Aos DIAP nas sedes de cada distrito judicial compete dirigir o inquérito e exercer a acção penal por crimes cometidos na área da comarca, relativamente aos crimes enunciados para o DCIAP (cf. art. 73.º).

31 Nos termos do art. 53.º do EMP, a estes departamentos compete a representação do Estado em juízo, na defesa dos seus interesses patrimoniais e a preparação, examine e acompanhamento de formas de composição extrajudicial de conflitos em que o Estado seja interessado. Em matéria administrativa, esta competência do Ministério Público sofreu algumas alterações, em 2004, com a reforma do contencioso administrativo. Apesar de a lei de processo vir, com aquela reforma, pela primeira vez, prever expressamente a representação do Estado pelo Ministério Público, aquela lei restringe a representação aos pro-

Lei n.º 60/98, com competência em matéria cível e/ou administrativa, cujo objectivo se prendia com a prevenção “[d]os possíveis riscos de conflito de deveres ou de interesses e de conferir agilidade à representação do Estado pelo Ministério Público, na defesa dos seus interesses privados, quer nas relações com a Administração, quer no que se refere à sua intervenção junto dos tribunais”, nunca foram efectivamente instalados, continuando a ser letra morta da lei.

Às procuradorias-gerais distritais, que existem na sede de cada distrito judicial, compete, entre outras funções, a direcção, coordenação e fiscalização da actividade do Ministério Público no distrito judicial, emitindo ordens e instruções às quais os magistrados do Ministério Público devem obediência no exercício das suas funções, bem como a coordenação da actividade dos órgãos de polícia criminal e a fiscalização da sua actividade processual (cf. art. 56.º do EMP).

Por último, às procuradorias da República, existentes na comarca sede de cada círculo judicial, compete a direcção, coordenação e fiscalização da actividade do Ministério Público na área da respectiva circunscrição territorial (cf. art. 61.º do EMP).

O Conselho Superior do Ministério Público

A estrutura do Ministério Público inclui o Conselho Superior do Ministério Público³². Enquanto o Conselho Superior da Magistratura, para os juízes, é um verdadeiro órgão de governo da magistratura judicial (autoregulação), o governo do Ministério Público reparte-se entre o Procurador-Geral da República e o Conselho Superior do Ministério Público, tendo o primeiro, primazia sobre o segundo. Isto deve-se, segundo Cunha Rodrigues, ao facto de que “ (...) sendo o Ministério Público uma magistratura predominantemente monocrática, isto é, funcionando normalmente por intermédio de órgãos ou agentes unipessoais, concentra-se na posição do Procurador-Geral da República a representação do Ministério Público e as atribuições que, pertencendo à Procuradoria-Geral da República, não se encontram confiadas a outros órgãos” (*apud* CLUNY, 1994: 48-49). Acrescenta, ainda, que a hierarquia existente nesta magistratura “ (...) corresponde também a necessidades impostas pela natureza das funções e

cessos que tenham por objecto relações contratuais e de responsabilidade, prevendo, ainda, por outro lado, que “as pessoas colectivas de direito público ou os ministérios podem ser representados em juízo por licenciado em Direito com funções de apoio jurídico, expressamente designado para o efeito” (art. 11.º, n.º 2, do CPTA), pelo “auditor jurídico ou o responsável máximo pelos serviços jurídicos da pessoa colectiva ou do ministério” (n.º 3).

32 Temos igualmente, em Portugal, na estrutura judiciária, o Conselho Superior da Magistratura (para os juízes), o Conselho Superior dos Tribunais Administrativos e Fiscais (para os magistrados judiciais nestes tribunais) e o Conselho de Oficiais de Justiça. Para mais informações sobre os diferentes conselhos e sobre o seu desempenho, ver o trabalho de João Paulo Dias (2001 e 2004).

por um objectivo de democratização da administração da justiça” (*ibidem*, 1994: 49), regendo-se por estritos critérios legais. Cunha Rodrigues considera, deste modo, que a tradição portuguesa foi sempre de um Ministério Público indivisível e policêntrico, tratando-se, assim, de “(...) um modelo com raízes muito antigas, cuja evolução se realizou principalmente segundo as exigências da justiça e da administração do país” (1999: 92). Por conseguinte, a “(...) organização hierárquica do Ministério Público poderá representar-se por um eixo em que, de um lado, estão os poderes directivos e, do outro, os poderes de gestão e disciplinares. Os poderes directivos, correspondendo *lato sensu* a intervenções de carácter técnico e processual, encontram-se distribuídos por escalões e funcionam segundo uma estrutura monocrática cujo vértice é o Procurador-Geral da República, não distinguindo a lei entre poderes directivos genéricos e específicos nem entre instruções ou ordens de natureza preventiva e *a posteriori*. Os poderes de gestão e disciplina competem a um órgão colegial – o Conselho Superior do Ministério Público” (1999a: 305-306).

O âmbito de actuação do Conselho Superior do Ministério Público, perante esta estrutura organizativa, está limitado, pelas próprias competências do Procurador-Geral da República, numa espécie de prolongamento ou de delegação de atribuições. Destas atribuições, decorre que, ainda por razões que se prendem com a natureza do cargo, o Procurador-Geral da República não está sujeito à autoridade do Conselho, algo que se depreende deste extracto importado da página da Internet da Procuradoria-Geral da República e que confirma o carácter monocrático do Ministério Público: “as funções que não se ligam directamente ao exercício da acção disciplinar e à apreciação do mérito profissional são exercidas pelo Conselho de forma opinativa, remetendo-se para o Procurador-Geral da República os poderes de decisão”.³³

A actual composição deste órgão, após uma sucessão de mudanças ao longo dos últimos 30 anos, apresenta actualmente três características: 1) a predominância de magistrados do Ministério Público, face aos membros *laicos*³⁴; 2) uma forte representação de membros do Ministério Público a exercer o cargo por inerência, nomeadamente os quatro procuradores-gerais distritais; 3) uma baixa representatividade de membros *laicos* representando os órgãos políticos.

Deste modo, e apesar da presença de membros *laicos*, verificamos a existência de uma predominância de membros do Ministério Público e uma forte presença das hierarquias da Procuradoria-Geral da República, podendo traduzir-se numa menor pluralidade de opiniões e numa diminuição da

33 Informação recolhida através do site da Procuradoria-Geral da República (www.pgr.pt).

34 Laico refere-se ao facto de não serem magistrados. Normalmente, são juristas ou professores de direito, com ou sem proximidade a partidos políticos.

operacionalidade, funcionando num verdadeiro regime de auto-governo. A actual composição de 19 membros é a seguinte: Procurador-Geral da República; quatro procuradores-gerais distritais³⁵; um Procurador-Geral-Adjunto, dois procuradores e quatro procuradores-adjuntos, eleitos entre os seus pares; cinco juristas designados pela Assembleia da República; e dois juristas designados pelo Ministro da Justiça.

O funcionamento deste órgão divide-se por duas secções: o Plenário e a Secção Disciplinar (este de composição mais reduzida, para abordar apenas questões de natureza disciplinar, quando justificado). As reuniões ordinárias são de periodicidade bimensal, podendo ser extraordinárias sempre que convocadas pelo Procurador-Geral da República ou por um mínimo de sete membros. O serviço de inspecções funciona com magistrados recrutados entre procuradores-gerais adjuntos ou procuradores da República, com mais de 15 anos serviço e com a última classificação de *Muito Bom*.

Os membros do Conselho Superior do Ministério Público têm um mandato de três anos, podendo ser reeleitos uma vez. Os vogais eleitos ou nomeados não magistrados ficam com o direito a auferir um vencimento correspondente ao cargo de origem, se público, ou ao de Director-Geral, caso optem por ficar a tempo inteiro.

As competências do Conselho Superior do Ministério Público são as seguintes, segundo o Estatuto do Ministério Público:

a) nomear, colocar, transferir, promover, exonerar, apreciar o mérito profissional, exercer acção disciplinar, com excepção do Procurador-Geral da República;

b) aprovar o regulamento eleitoral do Conselho, aprovar o regulamento interno da Procuradoria-Geral da República e proposta de orçamento;

c) deliberar e emitir directivas em matéria de organização interna e de gestão de quadros;

d) propor ao Procurador-Geral da República directrizes;

d) propor ao Ministério da Justiça, por meio do Procurador-Geral da República, providências legislativas;

e) conhecer das reclamações previstas na lei;

f) propor o plano anual de inspecções e sugerir inspecções, sindicâncias e inquéritos.

Ao contrário do que sucede com os juízes, onde o Conselho Superior de Magistratura é um verdadeiro órgão de gestão da profissão, o Conselho

³⁵ A organização judiciária do território nacional está dividida em quatro distritos judiciais, havendo, por cada um, um Procurador-Geral Distrital que é o seu responsável máximo.

Superior do Ministério Público está bastante limitado na sua capacidade de intervenção e gestão, devido à acção, por um lado, dos poderes detidos pelo Procurador-Geral da República, e, por outro, pela sua composição limitar, como sucede com os juizes, uma maior independência das estruturas hierárquicas. Acresce ainda, a estes factores, a grande autonomia, em termos de gestão e exercício de poder hierárquico, por parte dos Procuradores-Gerais Distritais, que diminui, igualmente, qualquer capacidade de intervenção por parte do Conselho. Contudo, tais limitações são, em parte, justificadas pelas exigências de estruturas hierarquizadas e coordenadas, entre si, para um melhor exercício das suas competências a diversos níveis de intervenção, com especial destaque para a área criminal.

O acesso à carreira e a formação dos magistrados

O recrutamento dos magistrados do Ministério Público é feito em simultâneo com os juizes, através de um concurso público de ingresso para o Centro de Estudos Judiciários (regido actualmente pela Lei n.º 16/98, de 6 de Abril). Esta escola de magistrados iniciou funções em 1980, rompendo com o anterior modelo de ingresso nas magistraturas. O concurso é, após a aprovação da Lei n.º 16/98, aberto aos cidadãos de nacionalidade portuguesa, que tenham concluído a licenciatura em direito há, pelo menos, dois anos. Para além de ministrar a formação aos futuros magistrados, também realiza acções de formação a advogados, solicitadores e outros sectores profissionais (Dias, 2004).

As provas de acesso, avaliadas por um júri composto por magistrados, nomeados pelos conselhos superiores, e outras personalidades externas à estrutura judiciária, designados pelo Ministro da Justiça, compõem-se de três fases: provas escritas, provas orais e entrevista (com a presença de psicólogos). Quanto à formação ministrada na fase inicial, após a fase de admissão³⁶, ela reparte-se por três momentos, com uma duração de 22 meses: 5 meses de formação teórico-prática; 12 meses no estágio de iniciação nos tribunais judiciais (metade do tempo junto de um juiz, metade junto de um magistrado do Ministério Público); e 5 novamente no Centro de Estudos Judiciários, para consolidação da formação, após os estágios nos tribunais. Só após o término desta fase, os auditores podem seleccionar, de acordo com hierarquia de lugares, a magistratura que pretendem ingressar. Após esta fase, são colocados durante 10 meses em regime de estágio de pré-afectação (com os formadores a serem designados pelos respectivos Conselhos Superiores), junto da magistratura entretanto escolhida. No final deste período, são nomeados definitivamente magistrados e colocados, como efectivos, num tribunal.

³⁶ Entram, em média, 150 auditores para tirar o curso de juiz ou magistrado do Ministério Público

Nos dois anos seguintes, os magistrados são obrigados a frequentar uma formação complementar, através de actividades de reflexão sobre problemas actuais, jurídicos e outros assuntos de relevo para o exercício da função. Posteriormente, o Centro de Estudos Judiciários oferece, anualmente, uma formação permanente, com programas de carácter interdisciplinar, de frequência facultativa, para debater problemáticas relacionadas com as instituições judiciais (SANTOS, PEDROSO e BRANCO, 2006).

As acções de formação complementar e de permanente têm tido, no geral, pouco êxito, dada a fraca presença de magistrados, em especial das primeiras instâncias. Embora a complementar tenha um carácter obrigatório, a sua não frequência não impõe qualquer tipo de sanção nem é alvo de censura. Actualmente, está em preparação uma reforma da formação, nos vários níveis, ministrada pelo Centro de Estudos Judiciários. Contudo, os seus contornos ou tendências ainda não são conhecidos.

Alguns dados relativos ao Ministério Público e aos Tribunais

A análise da evolução dos recursos humanos nos tribunais judiciais, ao longo dos últimos 16 anos (1993-2009), permite-nos afirmar que, de um modo geral, se registou um forte crescimento. No que diz respeito aos magistrados judiciais o índice de crescimento foi de 143%, já que em 1993 tínhamos um total de 1280 magistrados judiciais e em 2009 passou-se para 1832. Poderemos verificar pelos dados apresentados no *Quadro 1*, que com excepção dos anos de 2002 e 2009, em que se verificou um ligeiro decréscimo, o número total de magistrados judiciais aumentou anualmente. Por outro lado, e no que diz respeito o número de magistrados do Ministério Público a evolução foi de 154%, verificando-se um crescimento contínuo e superior ao registado nos magistrados judiciais. Por fim, e no que se refere ao número de funcionários judiciais podemos concluir que o índice de crescimento foi de 135%, tendo passado de 6194, em 1993, para 8354 em 2009. Contudo, de referir que após 2001 se foi acentuando uma ligeira diminuição do número de funcionários judiciais.

Em seguida, deter-nos-emos com mais detalhe na análise do comportamento de cada uma das categorias. Em primeiro lugar, e no que concerne aos magistrados judiciais, percebemos que, apesar do crescimento do número de juízes em cada categoria profissional, podemos encontrar algumas diferenças. Senão vejamos: 1) nos *Juízes Conselheiros* verificou-se uma ligeira diminuição, mais significativa no ano de 2009. Contudo o valor registado em 2009 é muito idêntico ao de 1999 (56 contra 59), o que significa que esta diminuição não foi homogénea, antes a evolução do número de Juízes Conselheiros caracterizou-se por fortes oscilações; 2)

relativamente aos *Juízes Desembargadores* verificou-se um aumento de 114%, um comportamento inverso ao dos *Juízes Conselheiros*; 3) por último, e no que se refere aos *Juízes de Direito*, regista-se um aumento, de 155%. Este aumento foi gradual, tendo apenas sido quebrado em 1999, 2002 e 2009 onde se registaram ligeiras diminuições.

Por fim, uma nota relativa aos magistrados judiciais presentes nos tribunais. No que diz respeito a esta categoria, apenas de referir que ao longo do período em análise se verificou um aumento considerável (168%): 1059 magistrados em 1993 para 1776 em 2009.

Observando, de seguida, cada uma das categorias profissionais relativamente os Magistrados do Ministério Público verificamos, por um lado, que o número de *Procuradores-Gerais Adjuntos* apresenta um índice de crescimento de 138%, denotando no entanto uma diminuição a partir de 2004. Por outro, e quanto aos *Procuradores da República*, que em 1993 eram 153, passaram para 452 em 2009, o que significa um índice de crescimento de 295%. Finalmente, os *Procuradores Adjuntos*, categoria que apresenta o índice de crescimento mais baixo, apenas 128%, apesar da diminuição acentuada registada em 2000, nos anos seguintes verificou-se uma tendência constante de crescimento. No que diz respeito à presença nos tribunais, podemos afirmar que, ao longo dos anos em análise, assistiu-se a um aumento, embora que lento, destacando-se em primeiro lugar o ano de 2000, como o ano onde se ultrapassaram os 1000 magistrados do Ministério Público nos tribunais.

Quadro 1: Recursos Humanos da Justiça (1993* a 2009)

	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003											
	N.º	N.I	N.º	N.I	N.º	N.I	N.º	N.I	N.º	N.I	N.º											
MAGISTRADOS JUDICIAIS	1280	100	1344	105	1397	109	1460	114	1515	118	1563	122	1599	125	1624	127	1690	132	1678	131	1752	
Juízes conselheiros	59	100	62	105	59	100	68	115	66	112	65	110	73	124	83	141	76	129	72	122	74	125
Juízes desembargadores	275	100	265	96	256	93	254	92	259	94	265	96	322	117	312	113	317	115	320	116	310	113
Juízes de direito	946	100	1017	108	1082	114	1138	120	1190	126	1233	130	1204	127	1229	130	1297	137	1286	136	1368	145
PRESENTES NOS TRIBUNAIS	1059	100	1095	103	1165	110	1231	116	1267	120	1324	125	1382	131	1368	129	1440	136	1348	127	1671	158
MAGISTRADOS DO MP	1002	100	1053	105	1061	106	1076	107	1087	108	1115	111	1138	114	1180	118	1227	122	1264	126	1288	129
Procuradores-Gerais-Adjuntos	107	100	113	106	116	108	116	108	124	116	135	126	155	145	161	150	162	151	161	150	165	154
Procuradores da República	153	100	175	114	177	116	191	125	197	129	205	134	205	134	333	218	354	231	358	234	368	241
Procuradores Adjuntos	742	100	765	103	768	104	769	104	766	103	775	104	778	105	686	92	711	96	745	100	755	102
PRESENTES NOS TRIBUNAIS	850	100	922	108	942	111	939	110	964	113	982	116	999	118	1068	126	1070	126	1100	129	1106	130
FUNCIONÁRIOS JUDICIAIS	6194	100	6846	111	6900	111	7185	116	7400	119	7605	123	8213	133	9040	146	9446	153	9299	150	9211	149

	2004	2005	2006	2007	2008	2009						
	N.º	N.I	N.º	N.I	N.º	N.I						
MAGISTRADOS JUDICIAIS	1807	141	1836	143	1870	146	1915	150	1928	151	1832	143
Juízes conselheiros	73	124	71	120	69	117	71	120	68	115	56	95
Juízes desembargadores	313	114	295	107	299	109	303	110	301	109	313	114
Juízes de direito	1421	150	1470	155	1502	159	1541	163	1559	165	1463	155
PRESENTES NOS TRIBUNAIS	1560	147	1611	152	1650	156	1679	159	1712	162	1776	168
MAGISTRADOS DO MP	1334	133	1349	135	1393	139	1432	143	1461	146	1547	154
Procuradores-Gerais-Adjuntos	163	152	162	151	157	147	154	144	144	135	148	138
Procuradores da República	359	235	375	245	394	258	413	270	425	278	452	295
Procuradores Adjuntos	812	109	812	109	842	113	865	117	892	120	947	128
PRESENTES NOS TRIBUNAIS	1176	138	1184	139	1248	147	1271	150	1266	149	1347	158
FUNCIONÁRIOS JUDICIAIS	9139	148	9030	146	8813	142	8604	139	8364	135	8354	135

N.I. - NÚMEROS ÍNDICE: 1993=100

FONTE: GPLP/DGPJ

Passando à análise do movimento processual nos tribunais judiciais de 1.^a instância percebemos, de um modo geral, que o número de processos pendentes mais do que duplicou, sendo o índice de crescimento de 217%. Por outro lado, no que diz respeito ao número de processos entrados, constata-se, ao longo do período em análise, um decréscimo flutuante, tendo o ano de 1995 registado o menor número de processos entrados. Ao contrário em 2009 verificou-se um aumento significativo do número de processos entrados, com valores superiores aos registados em 1993, na ordem dos 3%.

Quadro 2: Processos nos Tribunais Judiciais de 1.^a Instância (1993* a 2009)

	ENTRADOS		FINDOS		PENDENTES	
	N.º	N.I	N.º	N.I	N.º	N.I
1993	861797	100	768868	100	744359	100
1994	868081	101	938135	122	643231	86
1995	618827	72	506138	66	745133	100
1996	655461	76	528499	69	870003	117
1997	738089	86	563431	73	1052195	141
1998	715416	83	602132	78	1164662	156
1999	722255	84	687382	89	1190530	160
2000	715836	83	684382	89	1212873	163
2001	703508	82	637379	83	1270802	171
2002	761258	88	675903	88	1345973	181
2003	832237	97	722767	94	1452564	195
2004	811150	94	688652	90	1568037	211
2005	826414	96	697511	91	1665769	224
2006	789949	92	796187	104	1591754	214
2007	832458	97	866219	113	1555074	209
2008	750106	87	789619	103	1515561	204
2009	890326	103	791023	103	1614864	217

* N.I - NÚMEROS ÍNDICE: 1993=100

FONTE: GPLP/DGPJ

Por fim, uma nota relativamente ao número de processos findos. Apesar de não se verificar um comportamento uniforme de crescimento, podemos afirmar que após a diminuição significativa registada em 1995 – menos de 30%, quando comparado com 1993 – se assistiu a um aumento do número de processos findos. Esta tendência de crescimento atingiu o seu valor máximo em 2007, mantendo-se após este ano uma estagnação.

Esta análise permite fazer uma ligeira “radiografia” do sistema, em termos dos meios disponíveis, pouco podendo explicar o agravamento do volume processual registado nos últimos anos, com a excepção da afirmação de que o aumento dos recursos humanos não tem sido suficiente para combater a actual pendência processual.

Considerações finais

O Ministério Público em Portugal, ao contrário do que é corrente afirmar-se, alterou bastante as suas características ao longo dos tempos. Ainda que mantendo uma matriz de defensor da legalidade, tal como antes defendia os interesses do Rei, a diversidade de funções, que foi assumindo, conferiu-lhe uma importância bastante grande na “arquitectura” do sistema judicial e como garante da legalidade e dos direitos dos cidadãos. Apesar de, no período do Estado Novo, o Ministério Público ter seguido as “instruções” da ditadura, em especial nas questões sociais e políticas relevantes, a transição para a democracia levou, não a uma diminuição de competências, mas a um crescendo de competências.

A partir do período revolucionário, de 1974, o papel do Ministério Público foi crescendo, quer no âmbito das competências, quer na autonomia no desempenho profissional. Verificou-se, igualmente, uma preocupação para modernizar a formação dos magistrados, os serviços e a própria organização interna de uma magistratura que, em função das suas competências, tem uma estrutura hierarquizada, ainda que funcionalmente autónoma.

O leque de competências é diversificado, ainda que se centre em termos de volume processual e notoriedade mediática, na área criminal, fonte geradora de muitas polémicas. É na investigação e acusação das matérias penais que o Ministério Público desempenha as suas principais funções e onde existem mais estruturas especializadas de apoio e maiores recursos humanos e materiais afectos. Contudo, a sua acção não se limita à área penal, dado que as suas funções nas áreas: laboral; família e menores; administrativa; interesses difusos (ambiente, consumo, urbanismo, etc.) e na defesa dos mais fracos e incapazes têm um papel fundamental na defesa da legalidade e na promoção do acesso dos cidadãos ao direito e à justiça.

Apesar das dificuldades sentidas, devido ao volume processual, nomeadamente o número de processos pendentes, à crescente complexidade dos assuntos que chegam aos tribunais e das limitações em termos de recursos humanos, materiais e financeiros, é hoje inquestionável o seu papel no seio do poder judicial português. O equilíbrio no interior do poder judicial, conseguido ao longo dos últimos 30 anos, não só em função do paralelismo profissional e estatutário com os juizes, tem permitido sedimentar uma prática profissional coerente e estruturada. Ou seja, de um mero actor institucional o seu papel ganhou uma relevância acrescida que transformam o Ministério público num actor social incontornável, deixando de ter simplesmente uma componente de resposta administrativa para ganhar uma autonomia e capacidade de intervenção primordial para o bom desempenho do sistema judicial.

Os crescentes desafios emergentes na nossa sociedade global, nas diversas frentes jurídicas, originam uma forte *pressão* sobre os magistrados do Ministério Público, que nem sempre tem sido bem administrada ou alvo de uma resposta capaz. A resposta que conseguir dar, em termos de desempenho, será, assim, um elemento crucial para determinar a evolução das competências e das formas de organização. A promoção dos direitos de cidadania depende, em parte, do seu exercício profissional. Por isso, um Ministério Público eficaz, competente e célere é um elemento estruturante do poder judicial e do próprio sistema democrático.

Referências

- CANOTILHO, J.J. Gomes; Moreira, V.. A Constituição da República Portuguesa Anotada, 2.º vol., 2.ª edição revista e ampliada. Coimbra: Coimbra Editora, 1985.
- CANOTILHO, J.J. Gomes; Moreira, V. Constituição da República Portuguesa anotada. 2.º Volume. 3.ª Edição. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.
- CARBASSE, J. (org.). Histoire du parquet. Paris: PUF, 2000.
- CASTRO, M. A Organização e competência dos tribunais da justiça portuguesa. Coimbra: F. França Amado, 1910.
- CLUNY, A. Démocratie et rôle de l'associationisme judiciaire au Portugal. In: La formation des magistrats en Europe et le rôle des syndicats et des associations professionnelles. MEDEL/Faculté de Droit de l'Université de Trieste. Padova: CEDAM, 1992, p. 133-140.
- CLUNY, A. O Ministério Público e o poder judicial. In: Actas do IV Congresso do Ministério Público, Ministério Público: instrumento do executivo ou órgão do poder judicial?, Cadernos da Revista do Ministério Público, 6, Lisboa, Sindicato dos Magistrados do Ministério Público, 1994, p. 37-55.
- _____. Pensar o Ministério Público hoje. Cadernos da Revista do Ministério Público, 8, Lisboa: Edições Cosmos, 1997.
- CORREIA, S. A reforma do Contencioso Administrativo e as funções do Ministério Público. In: Estudos em Homenagem a Cunha Rodrigues – I, Lisboa, 2001.
- COSTA, G. O sistema judiciário português. Boletim da Faculdade de Direito, vol. LXXIV. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1998, p. 173-239.
- DIAS, J. P. O “mundo” dos magistrados: a avaliação profissional e a disciplina. Revista Crítica de Ciências Sociais, 60. Coimbra: Centro de Estudos Sociais, 2001, p. 87-120.
- _____. O Mundo dos Magistrados: a evolução da organização e do auto-governo judiciário. Coimbra: Almedina, 2004.
- DIAS, J.P.; AZEVEDO, R. (orgs). O papel do Ministério Público no poder judicial: estudo comparado dos países latino-americanos. Coimbra: Almedina, 2008.
- DIAS, J.P.; FERNANDO, P.; LIMA, T. 2008. “O Ministério Público em Portugal”, in Dias, João Paulo; Azevedo, Rodrigo (org.s). O papel do Ministério Público no poder judicial: estudo comparado dos países latino-americanos. Coimbra: Almedina, 2008, p. 28-70.
- FERNANDO, R. “A autonomia do Ministério Público e o exercício da acção penal”. Revista do Centro de Estudos Judiciários, 1. Coimbra: Almedina, 2004, p. 103-124.
- GOMES, C.; PEDROSO, J. (Coord.). O recrutamento e a formação de magistrados: Uma proposta

de renovação – Análise comparada de sistemas e do discurso judiciário em Portugal. Coimbra: Observatório Permanente da Justiça Portuguesa / Centro de Estudos Sociais, 2001.

MARQUES, M. M. L. et al. The portuguese system of civil procedure. In Zuckerman, A. A. S.. Civil Justice in Crisis: comparative perspectives of civil justice. Oxford. Oxford University Press, 1999, p. 413-441.

MIRANDA, J. Le Conseil supérieur de la magistrature. In: RENOUX, Thierry (dir.). Les conseils supérieurs de la magistrature en Europe. Paris: La Documentation Française, 1999, p. 257-270.

PEDROSO, J.; TRINCÃO, C. e DIAS, J.P. O acesso ao direito e à justiça: um direito fundamental em questão. Relatório do Observatório Permanente da Justiça Portuguesa. Coimbra: Centro de Estudos Sociais, 2002.

PEDROSO, J.; TRINCÃO, C. e DIAS, J.P. Por caminhos da (s) reforma (s) da justiça. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

PRADA, I.F. O Ministério Público em Espanha. In: DIAS, João Paulo; AZEVEDO, Rodrigo (org.s). O Papel do Ministério Público: estudo comparado dos países latino-americanos. Coimbra: Almedina, 2008, p. 71-124.

REIS, J. L. P. Os tribunais e a realidade fugitiva. In: O sistema judiciário português. Lisboa: SMMP, 1999, p. 75-82.

REGO, C. L. A intervenção do Ministério Público na área cível e o respeito pelo princípio da igualdade de armas. In: Democracia, Igualdade dos Cidadãos e o Ministério Público, Cadernos da Revista do Ministério Público, 10. Lisboa: Edições Cosmos e SMMP, 2000.

RODRIGUES, C. Sobre o modelo de hierarquia na organização do Ministério Público. Revista do Ministério Público, 62, Abril-Junho. Lisboa, 1995, p. 11-31.

_____. Em nome do povo. Coimbra: Coimbra Editora, 1999.

_____. Lugares do direito. Coimbra: Coimbra Editora, 1999a.

SALAS, D. Le tiers pouvoir – vers une autre justice. Paris: Hachette, 1998.

SANTOS, B. de S. O Estado e a sociedade em Portugal (1974-1988). Porto: Afrontamento, 1990.

_____. A queda do Angelus Novus: para além da equação moderna entre raízes e opções. Revista Crítica de Ciências Sociais, 45. Coimbra: Centro de Estudos Sociais, 1996, p. 5-34.

_____. The GATT of law and democracy, Oñati Papers, 7. Oñati: IISL, 1999, p. 49-86.

_____. A crítica da razão indolente. Porto: Afrontamento, 2000.

SANTOS, B. de S.; PEDROSO, J. e BRANCO, P. O recrutamento e a Formação de Magistrados: análise comparada de sistemas em países da União Europeia. Relatório de Investigação. Observatório Permanente da Justiça Portuguesa: CES, 2006.

Notas sobre a posição constitucional do Ministério Público na Espanha³⁷

Ignacio Flores Prada
Professor de Direito Processual, Universidade Pablo de Olavide - Sevilla

Após trinta anos de vigência constitucional, a definição da natureza jurídico-política do Ministério Público na Espanha continua sendo objeto de debate. A Constituição de 1978 pôs fim a um Ministério Público hierarquicamente subordinado ao governo, mas não pôde, não soube ou não quis definir a posição do Ministério Público no novo sistema político. O problema tampouco ficaria solucionado no Estatuto Orgânico de 1981, no qual se definiu o Ministério Público como “órgão integrado com autonomia funcional no Poder Judicial”. Desde então e até agora, não existe nada com relação à posição constitucional do Ministério Público nem na doutrina, nem na política, nem na opinião pública, nem na própria carreira que se assemelhe à unanimidade. Estas breves reflexões tratam de situar o problema em seu contexto, apartando o foco do mais cotidiano para fixá-lo nas causas profundas que explicam a crise pela qual passa o Ministério Público no moderno sistema político. Assumindo certa perspectiva, é possível propor uma mudança nos termos do debate: no novo Estado social, já não sealaria em um Ministério Público dependente ou vinculado a um dos três poderes do Estado, mas sim de um órgão constitucional com autonomia funcional, cuja natureza de órgão de garantia e defesa imparcial da legalidade seja plenamente compatível com uma colaboração nas grandes linhas de política criminal definidas pelo governo.

Palavras-chave: *Ministério Público – Espanha – modelo constitucional – autonomia funcional*

³⁷ Texto traduzido por Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Revisão e adaptação: Bruno Amaral Machado.

Exposição do problema

Um dos problemas com que se depara o sistema político moderno consiste na necessidade de substituir o Ministério Público napoleônico, dependente do Poder Executivo, por um novo modelo que, em seu funcionamento e posição jurídico-política, satisfaça adequadamente aos parâmetros constitucionais do novo Estado social³⁸. E não há dúvida de que se trata de um problema complexo, tanto que, praticamente desde a metade do século XX, não foi solucionado ou, ao menos, não de modo minimamente satisfatório, o que vem gerando tensões importantes que ultrapassaram o campo jurídico-doutrinário para ingressar de forma definitiva no âmbito das questões que, nos últimos tempos, vêm tomando cotidianamente a atenção da opinião pública e dos meios de comunicação.

Esta exposição inicial do problema, com a qual acredito podermos concordar, situa-nos diante de um cenário de crise que não apenas afeta o Ministério Público espanhol, como também se inscreve em um processo de reforma do Ministério Público continental³⁹ e, mais amplamente, de todo o sistema judicial⁴⁰. E vale a pena descrevê-lo, ainda que sumariamente, porque creio que isso contribui à determinação do contexto em que se devem inscrever as reflexões que proponho neste trabalho.

Como primeira consideração, parece-me importante observar que a crise vivida hoje pela Administração da Justiça e a indefinição de que padece o Ministério Público constituem o reflexo de certa impermeabilidade de todo o sistema judicial diante das mudanças políticas ocorridas durante as transformações do Estado de Direito. As pesquisas de opinião recentes indicam uma perda progressiva de confiança no sistema judicial que, em poucos anos, situou a Administração da Justiça entre as instituições menos apreciadas pelos cidadãos (LIBRO BLANCO DE LA JUSTICIA, 1997; TOHARIA, 2001; TOHARIA e GARCÍA DE LA CRUZ HERRERO, 2005). Não há dúvida de que a Administração da Justiça constitui uma das matérias pendentes do novo sistema político, como tampouco cabe duvidar de que, além de uma crise técnica ou de recursos, existe uma crise mais profunda, de caráter ideológico, que gira, fundamentalmente, em torno da expansão de um aparato judicial política e institucionalmente independente e dotado de margens de discricionariedade cada vez maiores em sua

38 Na doutrina moderna, é lugar comum chamar atenção para a crise que afeta o Ministério Público espanhol após a entrada em vigor da Constituição de 1978 (CONDE-PUMPIDO FERREIRO, 1999; FLORES PRADA, 1999; MARTÍNEZ DALMAU, 1999; DÍEZ-PICAZO, 2000).

39 Na doutrina constitucional: RASSAT (1967), GUARNIERI (1984) e ROXIN (2000). Estudo comparado entre a Europa continental e os países latino-americanos: DIAS e GHIRINGHELLI DE AZEVEDO (2008).

40 Sobre o momento de crise e transformação vivido pelo sistema judicial em seu conjunto: GUARNIERI e PEDERZOLI (1997).

atuação jurisdicional e governamental (GUARNIERI, 1992; GUARNIERI e PEDERZOLI, 1997; BORGNA e CASSANO, 1997; BRUTI e GIASANTI, 1996).

Em primeiro lugar, é evidente que o sistema judicial precisa de uma profunda reforma técnica, entendida em termos de eficácia e de modernização do serviço público. E, para tanto, não bastam reformas legislativas orgânicas e processuais; é preciso, primeiramente que os pactos sejam cumpridos e, em seguida, que eles se traduzam em itens orçamentários que forneçam os recursos materiais e pessoais imprescindíveis para dispensar, nas distintas ordens processuais, uma tutela efetiva e eficaz⁴¹.

Entretanto, a reforma da Justiça não pode ignorar o problema dos controles e limites da função judicial no Estado de Direito moderno (GARAPÓN, 1997). E isso porque, nos últimos tempos, a magistratura assumiu uma importância sem precedentes na vida pública das sociedades democráticas, o que conduziu a um processo progressivo e gradual de judicialização da política no Estado social moderno⁴². Em poucos anos, os juízes deixaram de ser a boca que pronuncia as palavras da lei para converterem-se em um poder político independente, dotado de amplas funções de controle sobre o funcionamento do sistema político; uma posição institucional e funções que contrastam cada vez mais com a falta de um sistema adequado de contrapesos na estrutura jurídico-política do Estado (PECES-BARBA MARTÍNEZ, 1997).

Nesse sentido, pode-se afirmar que as transformações do Estado de Direito revelaram uma crise profunda relacionada com a incapacidade do sistema judicial em responder às expectativas depositadas na aplicação do Direito como instrumento de transformação e de melhoria das condições sociais.

E é precisamente nesse marco de reforma do sistema judicial no moderno sistema político em que se deve entender estar inscrita a crise de identidade que afeta o Ministério Público desde a entrada em vigor das chamadas constituições do Estado social⁴³. Parece claro que as transformações do Estado de Direito também tornaram evidente o esgotamento do Ministério Público liberal, sem que tal modelo tenha sido substituído satisfatoriamente, até agora, pelo que poderíamos chamar de novo Ministério Público do Estado

41 A exposição de motivos do novo Código de Processo Civil e o preâmbulo do Pacto para Reforma da Justiça são, nesse sentido, suficientemente eloquentes sobre a necessidade de uma modernização técnica da Administração da Justiça na Espanha.

42 Um fenômeno acertadamente explicado por NIETO (2004).

43 Neste modo de enfocar a análise do Ministério Público espanhol moderno existe amplo consenso na doutrina (MARCHENA, 1992; ALAMILLO, 1990; MARTÍN-GRANIZO, 1977; MARTÍN PALLÍN, 1983; JIMÉNEZ-BLANCO, 1983; APARICIO, 1983; GIL-ALBERT, 1983; PÉREZ GORDO, 1983; GIMENO, 1988; MORENO CATENA, CORTÉS e GIMENO, 1997; LORENTE, 1980; SERRANO ALBERCA, 1985; COBO DEL ROSAL e BOIX REIG, 1987; MUÑOZ CALVO, 1983; SAINZ MORENO, 1985; MARTÍNEZ DALMAU; Díez-PICAZO, 2000).

social. O problema fundamental consiste em encontrar novas categorias e espaços intermediários entre a dependência e a independência que sejam capazes de definir, para o Ministério Público, uma posição de equilíbrio entre a comunicação com o governo e as garantias de legalidade e de imparcialidade que, em todo caso, devem nortear o exercício da ação pública no sistema constitucional moderno.

A crise do Ministério Público nas transformações do estado de direito

Pressuposto

Se começamos por nos questionar sobre as causas que explicam a crise atravessada pelo Ministério Público moderno, convém assumir uma perspectiva a partir da qual seja fácil perceber o profundo vínculo histórico entre modelo de defesa pública da legalidade e sistema político. Trata-se de uma dialética que explica não apenas a situação que o Ministério Público vive atualmente, como também, mais amplamente, a evolução histórica experimentada pelos distintos modelos de defesa pública da legalidade sobre o pano de fundo das grandes transformações do sistema político.

Para entender o vínculo constante entre Ministério Público e sistema político é preciso atentar para o fato de que os órgãos encarregados da defesa pública da legalidade cumprem função jurídico-política de primeira ordem na estrutura constitucional do Estado (SAINZ MORENO, 1985; DÍEZ-PICAZO, 2000; CHIAVARIO, 1995). Sua construção é mais ideológica do que técnico-jurídica, porque a posição que a defesa pública da legalidade ocupa no sistema político é uma posição de fronteira; fronteira entre diversos poderes, fronteira entre realidade social e aparato judicial, fronteira entre política e Direito. Assim, pode-se afirmar que a cada tipo de Estado corresponde um determinado modelo de defesa pública da legalidade; e, quando o modelo de defesa pública da legalidade não reflete o tipo de Estado do qual é expressão, de imediato, produzem-se tensões destinadas a restabelecer a conexão entre eles, o que explica a história do Ministério Público como uma dialética constante entre modelo de defesa pública da legalidade e sistema político (JANNACCONE, 1977).

Ministério Público e sistema político

A dialética histórica entre defesa pública da legalidade e sistema político pode ser estruturada sinteticamente em duas grandes etapas, divididas pela queda do Antigo Regime e o nascimento do Estado de Direito.

Até o Antigo Regime

Praticamente desde o nascimento das civilizações clássicas e até a Revolução Francesa, os distintos modelos articulados historicamente para

a defesa pública da legalidade podem ser reduzidos à dialética entre o sistema difuso de ação popular e o sistema concentrado, baseado em uma estrutura orgânica pública, hierarquizada e dependente do poder político (NOBILI, 1979). No marco das três grandes transformações do Estado na Europa continental - a transição da República para o Império, em Roma; a construção do Estado absoluto e o nascimento do Estado de Direito - pode-se constatar, e é perfeitamente explicável, a passagem de um para outro sistema como uma consequência direta do fortalecimento do poder e da estrutura político-estatal comum aos três processos mencionados. O comportamento histórico de tal dialética demonstra que a consolidação da estrutura política acarreta o abandono progressivo do modelo difuso e sua substituição pelo modelo concentrado. Do mesmo modo, a estrutura requerente mostrará gradualmente maior dependência política quanto mais forte e amplo vier a ser o âmbito de intervenção e responsabilidade do Poder no âmbito do Estado absoluto.

O Ministério Público no Estado de Direito

Agora, se nos fixarmos na segunda etapa, que se inicia com a Revolução Francesa e estende-se até os nossos dias, essa interdependência entre Ministério Público e sistema político torna-se ainda mais evidente (GARCÍA DE ENTERRÍA, 1994).

A partir da Revolução Francesa, na Europa continental, sucederam-se dois sistemas constitucionais, que convencionamos chamar de Estado liberal e Estado social de Direito (Estado constitucional). Pois bem, ao longo da Idade Contemporânea, a configuração do Ministério Público continental não fez senão refletir sucessivamente essas transformações políticas, o que permite falar basicamente de três modelos de Ministério Público: o primeiro, revolucionário, difuso e republicano; o segundo, liberal, autoritário e centralizado, e o terceiro, ainda carente de esboço, que terá que refletir os fundamentos ideológicos do moderno Estado democrático e social.

O primeiro modelo, o qual denominamos revolucionário e republicano, é produto da Revolução Francesa e dura dez anos; exatamente o mesmo tempo que dura a Revolução. Durante esse período, rompe-se com o Ministério Público herdado do Antigo Regime, configurando-se um sistema de acusação pública difuso, descentralizado, independente e eletivo (NOBILI, 1979; VELLANI, 1970; DUGUIT, MONNIER e BONNARD, 1952; DUGUIT, 1996).

Entretanto, esse modelo difuso e ideologicamente republicano, como tantas outras instituições de molde claramente democrático, será suprimido pelo golpe de Estado napoleônico de 1799. A contrarrevolução, orientada por princípios autoritários, impõe um modelo de Ministério Público centralizado, burocrático e hierarquicamente dependente do Poder Executivo que se

disseminará por toda a Europa durante o século XIX. Assim, não é difícil perceber o paradoxo que a Revolução termina por imprimir no modelo de defesa pública da legalidade, o qual consiste na recuperação do Ministério Público do Antigo Regime e em sua implantação no marco jurídico-político do Estado de Direito⁴⁴.

E é precisamente esse desajuste entre um Ministério Público autoritário e um Estado de garantias o que ajuda a entender todo um processo de reformulação da posição jurídica do Ministério Público a partir do nascimento do Estado de Direito social na segunda metade do século XX.

Na Europa, esse processo de modernização deu lugar a modelos díspares que vão desde a independência do Ministério Público na Itália, passando pelo princípio da autonomia português, até modelos como o alemão ou o francês, nos quais se mantém, ainda que corrigido, o sistema de dependência do Poder Executivo (DELMÁS-MARTY, 2000; DÍEZ-PICAZO, 2000).

Esse processo de reformulação da posição constitucional do Ministério Público também tem reflexo na Espanha, ainda que seu desenvolvimento seja mediatizado pelas vicissitudes particulares da vida política espanhola, pouco favorecedoras de uma reflexão tranquila sobre os principais problemas suscitados pelas transformações do Estado de Direito. Nesse contexto é que se vão inscrever as sucessivas fórmulas que, desde o princípio do século XX, vêm evidenciando a busca por uma nova posição jurídica do Ministério Público como órgão de representação⁴⁵, comunicação⁴⁶ e relação do governo perante os tribunais de justiça⁴⁷.

Todo o processo descrito indica claramente o esgotamento do modelo de Ministério Público napoleônico e, em especial, a rejeição de um Ministério Público dependente do Poder Executivo. Não obstante, está claro também que ainda não chegamos ao consenso necessário sobre o modelo que deve substituí-lo. E isso talvez se deva ao fato de, no momento de formular a configuração moderna do Ministério Público, desprezamos as profundas mudanças introduzidas pelo novo Estado social a partir da 44 A esse respeito, Nobili lembra como Napoleão encontrou no modelo absolutista um sistema de acusação, por um lado, apenas parcialmente realizado e, por outro, notavelmente consolidado. Os cinco séculos entre 1302 e 1789 coincidem com um processo exortado por instaurar uma burocratização e uma hierarquização global da acusação penal, o que contribuiu para consolidar o processo que, não obstante e pelas circunstâncias de dispersão política acarretadas pela sobrevivência do regime nobiliárquico, não concluiu sua realização, ao menos no que diz respeito à hierarquia externa. Na realidade, continua destacando Nobili, o modelo napoleônico recupera o modelo do Antigo Regime instrumentalizado em um novo contexto econômico e social (NOBILI, 1979).

45 Art. 763 da Lei Orgânica do Poder Judicial de 1870 e art. 1º do Estatuto Orgânico do Ministério Público de 1926.

46 Art. 35 da Lei Orgânica da Educação de 1967.

47 Esta foi a fórmula empregada pela proposta relatório constitucional e que, finalmente, foi eliminada do texto aprovado em 1978.

segunda metade do século XX e a influência decisiva que algumas delas têm no novo estatuto jurídico-político da instituição.

E vale a pena destacá-los, porque, como veremos na sequência, essas transformações evidenciaram o traço que melhor define o Ministério Público moderno, cujo estatuto deve refletir e integrar a dualidade e, também, a tensão entre defesa objetiva e imparcial da legalidade e orientações democráticas na definição do interesse público tutelado pela lei e, de modo muito especial, na definição das grandes linhas da política criminal (DÍEZ-PICAZO, 2000).

As chaves do novo sistema político

No meu entender, a configuração moderna do Ministério Público é condicionada, fundamentalmente, por quatro grandes transformações introduzidas no sistema político pelas novas constituições do Estado social.

O endereço político da Constituição

A primeira delas foi definida pela doutrina italiana com a expressão *indirizzo politico* da Constituição, expressão que designa o compromisso político assumido pelo conjunto do ordenamento jurídico, com a constituição à frente, estabelecendo valores superiores que dirigem e orientam o trabalho dos poderes públicos (MARTINES, 1971; FIORAVANTI, 1996; ZAGREBELSKY, 1997; GARCÍA MORILLO, 1996).

Assim, acima dos endereços políticos das distintas opções, existiria um endereço direção político, marcado pela constituição e pelas leis, que desenha um marco, não neutro, de compromisso e transformação da ordem social. Se a constituição liberal limitava-se a estabelecer “quem manda” e “até onde manda”, a constituição do Estado social introduz, além disso, critérios que definem “como se manda” e “para que se manda”.

Esse novo princípio constitucional provocou, entre outros efeitos, uma profunda alteração das relações entre Estado e sociedade, que incidiu, como veremos, no funcionamento da estrutura jurídico-política do Estado, no sistema de proteção dos direitos individuais e coletivos e na concepção da lei como instrumento não neutro da garantia da paz social.

O Estado complexo

Partindo da nova perspectiva oferecida pelo endereço jurídico-político da constituição, fica fácil entender o segundo fenômeno que condiciona a configuração moderna do Ministério Público e que consiste no que se veio a chamar de nascimento do Estado complexo, caracterizado por duas notas essenciais.

O primeiro traço que identifica o Estado complexo consiste no fato de os três poderes clássicos do Estado não serem mais concebidos e não mais funcionarem como estruturas independentes entre si⁴⁸. No Estado assistencial, os fins são comuns ao conjunto dos poderes, o que exige um funcionamento coordenado do sistema político que substituiu progressivamente o dogma da independência por instrumentos e princípios que garantem a relação e a comunicação entre os poderes.

O segundo traço característico do Estado complexo é que não apenas existem os três poderes clássicos do Estado liberal, como também aparece um conjunto de órgãos que não são exatamente nem Poder Executivo, nem Poder Legislativo, nem Poder Judicial e cuja função é garantir um sistema de pesos e contrapesos que permita um funcionamento coordenado do sistema⁴⁹. Essa nova disposição da estrutura jurídico-política do Estado introduziu um emaranhado de órgãos que, sem dependerem hierarquicamente de nenhum dos três poderes clássicos do Estado, funcionam como articuladores do sistema político, ou seja, como instrumentos de relação e coordenação entre poderes, que se integram em tal sistema por meio de dois princípios modernos e extraordinariamente importantes para a definição do Ministério Público, como são os princípios da autonomia funcional e da competência, dos quais falarei mais adiante.

A perda de neutralidade da lei

O terceiro dos fenômenos que, a meu ver, melhor caracterizam o novo Estado social consiste na perda da neutralidade da lei, que já não é só e unicamente um instrumento de solução de conflitos, mas, sobretudo, uma garantia de paz social (DÍEZ-PICAZO, 1993). Nesse sentido, e partindo de um ponto de vista geral, observamos que, no Estado social moderno, às suas funções tradicionais de garantia, a lei acrescenta, no Estado social, funções instrumentais ou promocionais, as quais guiam as políticas públicas de desenvolvimento social e econômico. Surge, assim, um ordenamento jurídico repleto de cláusulas gerais e de conceitos jurídicos indeterminados

48 Conforme GARCÍA PELAYO (1995, p. 57-60): “Há tempos que tanto a redução do poder do Estado a três potestades quanto as realidades sociais sobre as quais se sustentavam deixaram de ter validade (...) Em resumo, a trindade de poderes tornou-se demasiado simples para explicar a divisão do poder em um Estado e em uma sociedade atualmente complexos”.

49 Conforme LÓPEZ AGUILAR (1996, p. 167-168): “No Estado fundado na constituição normativa não apenas se fundem *três poderes* como *tipos ideais* das respectivas expressões funcionais do poder que se reputa legítimo, como também outra trama mais complexa e delicada de órgãos (sejam estes *constitucionais* ou de *relevância constitucional*, distinção doutrinária que pouco importa aqui) e de instituições que têm a exata vinculação, sentido funcional e extensão (no que se refere a potestades e faculdades atribuídas) que a constituição desejou conferir-lhes. É cabalmente por isso que o Tribunal Constitucional não é exatamente nem um ‘legislador negativo’ nem um ‘Poder Judicial’; que o governo não é exclusivamente nem ‘Poder Executivo’ nem o Defensor do Povo é ‘Poder Legislativo’”. Tentar reduzir a determinados órgãos e instituições os esquemas de um dos três clássicos poderes seria, observa o autor algumas linhas antes da citação transcrita, “uma cópia a mais da ideia (ainda que não inócua) de que para além da concepção ideal tripartida dos poderes do Estado não existiria senão o vazio, quando não, pior ainda, um *buraco negro* do absolutismo estatal ou um desvio para ele”.

que ampliam consideravelmente as margens de interpretação da legalidade na aplicação jurisdicional do Direito.

Pois bem, é precisamente nesse contexto de flexibilidade normativa que se torna importante a defesa coordenada do interesse público e social perante os tribunais, o que exige uma participação e uma colaboração do Ministério Público na concretização e na postulação processual dos interesses públicos e sociais que o conjunto do sistema constitucional deve perseguir de modo coordenado⁵⁰.

A aparição das margens de discricionariedade política no exercício da ação penal

O quarto e último efeito que o novo Estado social produziu sobre a configuração e o funcionamento do Ministério Público tem relação com o surgimento de importantes margens de discricionariedade implícita ou submersa nos sistemas continentais de justiça penal regidos pelo princípio de legalidade no exercício da ação penal pública (FLORES PRADA, 1999).

Em primeiro lugar, e há muito tempo, reconhece-se e admite-se um princípio de discricionariedade no exercício da ação penal diante da impossibilidade de automatismo nas decisões dos órgãos da acusação pública no momento de qualificar juridicamente alguns fatos como delitivos, de valorar a suficiência da prova, de determinar o *quantum* de pena ou, por fim, de considerar a conveniência da interposição dos recursos possíveis de uma determinada decisão judicial. Essa discricionariedade é chamada técnica ou interpretativa, que é consubstancial ao trabalho de subsunção fática em premissas normativas e é outorgada a órgãos e instituições altamente preparados sob o aspecto jurídico-doutrinário. Nesse caso, estamos diante do imprescindível âmbito de autonomia funcional de que devem desfrutar os órgãos públicos de acusação para o exercício de suas funções. Trata-se, como corretamente se qualifica, de uma discricionariedade *técnica*, que, ademais, é reconhecida constitucionalmente⁵¹. A exaustividade da lei nunca poderá, nesse sentido, substituir a operação interpretativa de subsunção que corresponde a juízes e promotores no momento de qualificar juridicamente os fatos. Daí a preparação técnica exigida de ambos os órgãos, as garantias

50 Como observa claramente SAINZ MORENO (1985, p. 56): “Diante de um juiz independente, cabe ao Ministério Público defender o interesse público tutelado pela lei e definido democraticamente e, portanto, variável dentro dos limites que a legalidade e a própria natureza das coisas impõem. O caráter necessariamente fragmentado e descontínuo da justiça judicial e a realidade social e política introduzem inevitavelmente uma margem de apreciação sobre o que convém ao interesse público e que permite a quem tenha legitimidade democrática impulsionar e marcar diretrizes para a ação do Ministério Público”.

51 O feixe de faculdades que a Constituição atribui exclusivamente ao Ministério Público junto à sua estrutura orgânica própria e aos princípios funcionais da legalidade e da imparcialidade constituem o conteúdo essencial da autonomia funcional decorrente da regulação constitucional da instituição. Os promotores de justiça, como observa López Aguilar, precisam de um mandato singular, determinado e concreto para cada ocasião em que lhes caiba atuar (LÓPEZ AGUILAR, 1996).

que cercam sua função e o quadro de responsabilidades a que estão sujeitos. A par disso, a justiça penal instaura o processo como meio contínuo de controle do âmbito de autonomia, em um caso, e de independência, em outro caso; a intervenção processual das partes, as garantias de legalidade da prova, a valoração pelo juiz instrutor do pedido de arquivamento quando o Ministério Público seja a única parte acusadora (art. 642 do Código de Processo Penal espanhol), o questionamento da tese pelo Tribunal (art. 733 do Código de Processo Penal espanhol) e o sistema de recursos em seu conjunto constituem instrumentos endoprocessuais de controle da discricionariedade técnica.

Entretanto, existe um segundo princípio de discricionariedade nos ordenamentos regidos pelo princípio da legalidade, como é o caso do espanhol; é a chamada discricionariedade *submersa* ou discricionariedade *implícita*, diretamente provocada pela impossibilidade efetiva de levar a cabo uma atividade de persecução de todas e de cada uma das infrações criminais que chegam ao conhecimento dos órgãos encarregados da investigação oficial.

A discricionariedade *implícita* é uma consequência direta, nem querida nem reconhecida, do princípio da legalidade no exercício da ação penal, mas claramente presente no funcionamento de nosso sistema processual penal. Nesse sentido, é evidente que os meios materiais e pessoais de que dispõe a Administração da Justiça não cresceram na mesma medida dos índices de delinquência nas sociedades democráticas modernas, razão pela qual os órgãos públicos de investigação veem-se obrigados, com uma frequência cada vez maior, a adotar decisões que implicam uma seleção de prioridades no exercício da ação penal⁵². Trata-se de decisões que, no melhor dos casos, supõem uma ordem de prioridade e fazem com que, irremediavelmente, muitas *notitiae criminum*, geralmente em infrações de menor gravidade, fiquem sem resposta, engrossando o elevado índice de arquivamentos por autoria desconhecida, quando geram os chamados *mercados negros da criminalidade*.

Onde aparece essa modalidade de discricionariedade submersa, a estrutura do sistema processual e, concretamente, a titularidade da investigação oficial, levam a uma identificação dos órgãos chamados a assumir tão delicada tarefa. Assim, enquanto a manutenção do sistema acusatório formal ou misto, em nosso país, reparte tal discricionariedade entre o juiz instrutor e o Ministério Público, com maior responsabilidade,

⁵² Nesse sentido, Burón Barba (1983, p. 24): "Não há dúvidas de que os poderes públicos e, em particular o governo, conscientes, como todos estamos, da impossibilidade de pedir resposta judicial a todas as transgressões (mais graves, menos graves e mínimas), estão obrigados a ater-se a prioridades, ou seja, a pedir precisamente as respostas nos casos que as peçam com maior urgência. Ninguém poderá pedir explicações aos juízes ou aos promotores por reagirem contra todas as infrações sem mais considerações em virtude do automatismo legal. Mas todos nós as pediríamos ao governo se ele promovesse uma política cega, que permitisse que ficassem em segundo plano, sem atenção preferencial, formas de delinquência especialmente perigosas".

sem dúvida, para o primeiro, nos países em que o Ministério Público assume a direção da investigação penal e o exercício da ação penal em regime de monopólio (Itália ou Alemanha), é o Ministério Público o órgão sobre o qual recai boa parte das faculdades de decisão nesse campo (ZAGREBELSKY, 1979; PIZZORUSSO, 1979; PIZZORUSSO, 1993; ARMENTA, 1991).

Com isso chegamos ao núcleo do problema, já que a existência de margens inelimináveis de discricionariedade no exercício da ação penal evidencia o fato de que a política criminal, que consiste na prevenção, na investigação, na persecução e na punição dos crimes, não pode ficar reduzida ao momento legislativo, mas deve compreender também seu modo de aplicação (DÍEZ-PICAZO, 2000; VIVES, 1996). Podemos nos perguntar, então, se seria razoável deixar os aspectos de orientação da política criminal nas mãos de uma instituição pública que, como aconteceria com um Ministério Público independente, não é nem representativa nem politicamente responsável⁵³. Parece evidente que, em um Estado democrático de Direito moderno, o exercício da ação penal deve estar orientado por uma difícil compatibilização entre as exigências de legalidade e a política criminal. O problema é, naturalmente, encontrar o modelo e os instrumentos que permitam conciliar duas vertentes - defesa objetiva da legalidade e atuação da política criminal - na configuração do Ministério Público moderno⁵⁴.

A necessidade e também a dificuldade de encontrar um equilíbrio entre ambas constitui, no meu entender, a causa e a origem dos problemas colocados pela definição do Ministério Público no sistema constitucional moderno.

O Ministério Público espanhol na constituição de 1978

O enfoque constitucional

É precisamente nesse contexto de tensão entre garantias e orientação política no qual devem ser entendidas as dificuldades do constituinte espanhol de 1978 no momento de apontar o modelo de Ministério Público mais

⁵³ Contudo, é o que acontece atualmente, dada a falta de comunicação e de orientação democrática na atuação do Ministério Público. Para comprová-lo, basta recorrer aos comparecimentos parlamentares dos Procuradores Gerais do Estado perante a Comissão de Justiça do Congresso, para verificar que elas contêm um verdadeiro programa político de intensidades e seleções no exercício da ação pública; nesse sentido e a título de exemplos, vide os comparecimentos dos Procuradores Gerais TORRES BOURSAULT (*Cortes Generales. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Comisión de Justicia e Interior*, ano 1990, nº. 89, 9 de maio de 1990, pp. 2648 e ss.), GRANADOS PÉREZ (*Cortes Generales. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Comisión de Justicia e Interior*, ano 1994, nº 259, 30 de junho de 1994, pp. 7768 e ss.) e CONDE-PUMPIDO TOURON, (*Cortes Generales. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Comisión de Justicia*, ano 2004, nº 59, 30 de junho de 2004, pp. 2 e ss).

⁵⁴ A esse respeito, a *Memoria de la Fiscalía General del Estado* observa que “oportunidade e legalidade nem sempre são noções opostas, e cabe dizer o mesmo da oportunidade e da imparcialidade. O Ministério Público, modelado com base no processo penal, protótipo da aplicação do Direito coercitivo necessário, não se deve aventurar na apreciação do oportuno, mas nem tampouco opor uma resistência cerrada a que a justiça possa ser estimulada a partir de fora com critérios de oportunidade razoáveis, sempre que o que se estima ser oportuno seja, ao mesmo tempo, estritamente legal ou, dito de outro modo mais geral, conforme ao Direito e à justiça” (*Memoria de la Fiscalía General del Estado*, 1983, p. 24).

condizente com o novo sistema constitucional⁵⁵.

Nesse sentido, convém assinalar que, desde um primeiro momento, o constituinte careceu de um enfoque claro a respeito da natureza jurídico-política do Ministério Público, e a prova disso é que o texto do Anteprojeto pretendeu fundir a tradição histórica de um Ministério Público como órgão de comunicação entre o governo e os tribunais com um Procurador Geral do Estado plenamente independente. Ao longo dos trabalhos parlamentares, essa contradição irá se resolver de uma maneira peculiar: por um lado, suprime-se toda e qualquer menção explícita à natureza jurídico-política do Ministério Público e, por outro, muda-se o sistema de nomeação do Procurador Geral do Estado que, ao invés de ser eleito pelo CGPJ^{56N. T.}, passa a ser designado pelo Poder Executivo. Por fim, e em virtude do espírito de consenso, o problema não foi solucionado, mas sim elidido, sendo remetido à elaboração do Estatuto Orgânico, que tornaria a deixar a questão na indefinição em que hoje ainda se encontra.

A discussão sobre a posição constitucional do Ministério Público reproduziu-se nos debates parlamentares do Estatuto sem que, tampouco naquela ocasião, o legislador conseguisse uma solução clara; no Estatuto, terminam por conviver vários modelos de Ministério Público, orientados pela fórmula ambígua da integração com autonomia funcional no Poder Judiciário que, sem dúvida, acabou mais criando do que resolvendo problemas (GIMENO, 1988).

Parece claro, portanto, que o desafio prioritário enfrentado pelo Ministério Público na Espanha é definir sua identidade constitucional em um novo Estatuto Orgânico que assuma a tarefa que o Estatuto de 1981 deixou pendente. Para isso, é preciso retomar o art. 124 da Constituição, que oferece uma regulação do Ministério Público mais satisfatória do que se costuma reconhecer em geral; do texto constitucional podem-se extrair, ao menos, três chaves que permitem uma aproximação de sua natureza jurídico-política singular.

Em primeiro lugar, a Constituição desenha um modelo relativamente aberto de Ministério Público, que outorga margens amplas, mas não ilimitadas, ao legislador ordinário, dotando assim a instituição de certa - e muito conveniente - flexibilidade.

Em segundo lugar, as funções que o Ministério Público é chamado a desempenhar exigem um equilíbrio entre as responsabilidades políticas

55 Dediquei especial atenção à análise dos trabalhos constituintes sobre o art. 124 da Constituição Espanhola em meu trabalho sobre o Ministério Público na Espanha (FLORES PRADA, 1999, p. 221 a 246)
56^{N. T.} *Consejo General del Poder Judicial*, órgão de governo autônomo do Poder Judicial na Espanha. Foi criado para garantir a independência externa do Poder Judicial, em relação ao Executivo. O CGPJ tem competência em toda a Espanha e é, por isso, o órgão de governo de todos os juzgados e tribunais que constituem o Judiciário.

derivadas do exercício da ação pública, possibilitadas pelas faculdades reconhecidas ao governo na designação do Procurador Geral do Estado e a necessária objetividade, imparcialidade e previsibilidade na defesa pública da legalidade, asseguradas pelos princípios da legalidade e da imparcialidade.

Em terceiro lugar, a manutenção da integridade da ordem jurídica constitui, para o Ministério Público, um meio orientado para a consecução dos valores superiores do ordenamento sobre a base da defesa do interesse público e social, o que exige uma sintonia e uma coordenação entre o funcionamento da instituição e os demais poderes públicos comprometidos com o endereço político do sistema constitucional.

A partir dessas três premissas torna-se possível afirmar que, na Constituição de 1978, o Ministério Público configura-se como um órgão do Estado, de categoria constitucional, cuja missão essencial consiste no exercício da ação pública em defesa da legalidade. Tal função é parte do sistema de equilíbrios constitucionais dentro da estrutura política do Estado: a defesa pública da legalidade é, ao mesmo tempo, uma função estatal integrada nas responsabilidades do governo, enquanto diretor da política interna, e instrumento de garantia na manutenção imparcial do ordenamento jurídico. Por isso, o Ministério Público é uma das articulações do sistema político, não integrado hierarquicamente em nenhum dos três poderes clássicos do Estado, mesmo estando conectado a eles, especialmente com o governo, quanto ao cumprimento dos objetivos propostos pelo endereço político da Constituição⁵⁷.

Os novos termos do debate

Do enunciado constitucional pode-se extrair uma primeira conclusão, a qual indica que os termos do debate mudaram significativamente no momento de definir a posição do Ministério Público no jogo de poderes. A velha dialética entre dependência e independência deve ser substituída por fórmulas de integração no sistema constitucional que combinem âmbitos de competência próprios, com a participação nas linhas de direção política.

Em minha opinião, isso obriga a descartar soluções que conduzam tanto à configuração de um Ministério Público independente quanto à dependência do Poder Executivo.

Por um lado, patrocinar um Ministério Público independente significaria deixar nas mãos de uma instituição sem responsabilidade democrática direta a configuração de políticas públicas em matéria de combate à criminalidade, cuja definição deve caber ao governo, de acordo

⁵⁷ Essa posição de equilíbrio, matizada em determinados casos, foi defendida por um setor importante da doutrina jurídica espanhola (LORENTE, 1980; SAINZ MORENO, 1985; GIMENO, 1988; SERRANO ALBERCA, 1985; MORENO CATENA, 1997; TORRES BOURSAULT, 1993; LÓPEZ AGUILAR 1996; MARTÍNEZ DALMAU, 1999; Díez-PICAZO, 2000).

com o disposto no art. 97 da Constituição⁵⁸.

Em segundo lugar, há que se descartar abertamente um modelo de Ministério Público dependente do Poder Executivo. Não é necessário deter-se por muito tempo nos perigos derivados de uma intervenção governamental constante e direta na atuação do Ministério Público que dificultaria a garantia adequada do respeito aos princípios de legalidade e imparcialidade, sobretudo nos assuntos penais em que o governo ou a Administração estejam envolvidos.

Por último, em meu juízo, deve-se rechaçar também a tese que sustenta a vinculação do Ministério Público ao Parlamento, sobre o qual poderia recair a nomeação do Procurador Geral do Estado e o controle do funcionamento da instituição. Ainda que se trate uma solução sugestiva, no meu entender, existem duas objeções fundamentais enfrentadas pelas teses que apoiam um modelo de Ministério Público de vinculação parlamentar (DÍEZ-PICAZO, 2000).

Primeiramente, parece claro que o direcionamento da política criminal cabe não ao Parlamento, mas sim ao governo, que é o órgão que configura a política interna do Estado e assume a responsabilidade derivada de sua execução (art. 97 da Constituição Espanhola). Isso permite distinguir claramente as funções de direcionamento e impulso político assumidas pelo governo e as funções de controle desempenhadas pelo Parlamento, na qualidade de órgão plural no qual são debatidas as distintas opções políticas, entre elas a política criminal.

É por isso, em segundo lugar, que a Constituição confiou ao governo e não ao Parlamento a designação do Procurador Geral do Estado. Estamos, portanto, diante de uma faculdade dificilmente compatível com a introdução de filtros parlamentares que condicionem ou limitem a potestade governamental quanto à designação e à destituição do Procurador Geral do Estado⁵⁹. Contudo, isso não é empecilho à introdução de instrumentos de controle parlamentar sobre o funcionamento do Ministério Público e, sendo o caso, a respeito da destituição do Procurador Geral do Estado.

58 A rejeição de um Ministério Público independente é praticamente unânime na doutrina processual e constitucional continental, inclusive a italiana, com particular conhecimento de causa. A par das considerações que expus em meu trabalho (FLORES PRADA, 1999), pode-se citar recentemente e na mesma linha: MARTÍNEZ DALMAU (1999) e DÍEZ-PICAZO (2000). Na doutrina italiana, entre muitos outros: PIZZORUSSO (1993), NOBILI (1979) e DI FEDERICO (1997).

59 Entre as reformas introduzidas pela Lei 24/2007 no Estatuto Orgânico do Ministério Público figuram determinadas limitações que incidem no procedimento de designação do Procurador Geral do Estado. Em primeiro lugar, o Procurador Geral proposto pelo governo comparecerá, antes de sua nomeação pelo Rei, perante a Comissão de Justiça do Congresso dos Deputados (art. 29 do dito Estatuto). Em segundo lugar, a reforma introduz, pela primeira vez na Espanha, um limite temporal ao mandato do Procurador Geral (quatro anos), assim como causas restringidas de destituição (art. 31.1 do mencionado estatuto). Já expus oportunamente minha opinião contrária à introdução de limitações das faculdades governamentais de designação e destituição do Procurador Geral do Estado (FLORES PRADA, 1999). No mesmo sentido: DE LA OLIVA (1997) e DÍEZ PICAZO, 2007).

Ministério Público e autonomia funcional

Descartadas as alternativas tradicionais permitidas pelo sistema político liberal a partir da clássica trilogia de poderes, parece claro que a natureza jurídica do Ministério Público deve se construir, no Estado social, sobre novas categorias, extraídas do próprio funcionamento do sistema político, entre as quais há que se confiar na autonomia funcional e orgânica e no princípio da competência.

Em primeiro lugar, convém começar observando que a autonomia constitui um ponto intermediário entre a independência absoluta e a subordinação que permite conciliar, no funcionamento de determinados órgãos e instituições, âmbitos de competência exclusivos com mecanismos de colaboração em linhas políticas comuns e gerais.

A aplicação dessa categoria ao Ministério Público parte da distinção necessária entre a autonomia funcional e a autonomia política no sistema de exercício da ação penal. Por um lado, cabe ao governo o âmbito de decisão política, estabelecendo os critérios e prioridades gerais da política criminal para o exercício da ação penal. A execução é confiada a uma instituição diferente, o Ministério Público, que dispõe de competências exclusivas para aplicar essa política criminal dentro das margens da legalidade.

A distinção entre autonomia política e funcional constitui um exemplo claro de repartição do poder que reflete um sistema de equilíbrio, de pesos e contrapesos, em virtude do qual o Ministério Público atua como filtro e garantia de legalidade na execução da política criminal esboçada pelo governo⁶⁰. É preciso, portanto, reconhecer um âmbito de decisão política ao governo, que deriva do art. 97 da Constituição, e um âmbito de isenção na atuação do Ministério Público, garantido pelos princípios de legalidade e imparcialidade reunidos no 124 da Constituição⁶¹. Desse

60 A esse respeito, Jannaccone não pensa que a autonomia funcional deva compreender necessariamente a exclusão da faculdade do governo de conduzir, através do Ministério Público, segundo a valoração governamental ou ministerial, determinadas exigências de caráter geral que devem encontrar satisfação ou serem consideradas no desenvolvimento das funções da instituição. Pode existir diferença entre as esferas operativas, mas não deve haver incomunicabilidade (JANNACCONI, 1977, p. 272).

61 Em uma interessante reflexão sobre a consideração do Ministério Público como órgão da Administração da Justiça em sentido objetivo pode-se ler o seguinte: "Significa – a natureza apontada – que o Ministério Público não pode servir ao governo para a realização de seus fins ajustados à legalidade? O governo não pode se dirigir ao Ministério Público encarregando-lhe, em prol do interesse público, no exercício de determinada ação ou recurso? Não acreditamos que seja assim. O Ministério Público serve, promovendo-os perante a justiça, aos interesses a que a administração serve por sua vez e que o governo, através desta, dirige. O interesse público e o interesse social, cuja satisfação e defesa perante os tribunais de justiça é atribuída ao Ministério Público, não são senão "os interesses gerais" aos quais serve a administração pública sob a direção do governo. Cabe manter que, no apoio e realização desses interesses, correspondem ao Ministério Público e ao governo funções distintas, mas concorrentes. O governo determina os instrumentos políticos e assume os critérios de oportunidade para sua satisfação; e o Ministério Público põe a serviço dos mesmos os instrumentos jurídicos, postulando-os segundo critérios de legalidade perante a justiça. Por isso, o Ministério Público deve ser o canal para realização, dentro do marco da legalidade, da

modo, o Ministério Público pode executar a política criminal do governo na medida em que esta se mova dentro das margens da legalidade.

Essa posição de equilíbrio e esse âmbito de autonomia funcional concretizam-se em um segundo princípio básico do sistema político moderno - o princípio da competência - que é de extraordinária utilidade para a definição da posição de equilíbrio ocupada pelo Ministério Público no jogo de poderes (FLORES PRADA, 1999).

Na realidade, a aplicação do princípio da competência ao Ministério Público não é senão a concretização de um dos princípios que regem a repartição do poder e os equilíbrios internos na estrutura jurídico-política do Estado de Direito moderno. Como se pode constatar, o princípio de competência está presente na desconcentração do poder político institucional através de órgãos de controle e agências autônomas que garantem um sistema de contrapesos adequado. Mas foi também o princípio de competência o que permitiu a descentralização do poder político através de uma repartição de atribuições e de um sistema de controle mútuo entre os órgãos centrais e os entes autônomos.

Por isso, quando dizemos que o princípio de competência pode ser considerado como um princípio implícito no estatuto jurídico-político do Ministério Público, estamos utilizando a essência de um traço organizativo e estrutural do Estado social para aplicar-lo à posição constitucional de uma instituição que reclama com urgência uma modernização de suas categorias. Assim, e a partir do ponto de vista das relações externas, o princípio da competência explica a atribuição ao Ministério Público de um conjunto de faculdades e atribuições infranqueáveis e para cujo exercício não é necessário um mandado singular em cada ocasião em que lhe caiba atuar.

A par disso e a partir do ponto de vista do funcionamento interno da instituição, o princípio da competência é chamado a suavizar a concentração de poder dentro do Ministério Público por intermédio das funções de controle e equilíbrio que devem desempenhar tanto o Conselho do Ministério Público quanto a *Junta de Fiscales de Sala*^{62N. T.}.

Assim estabelecida a repartição de competências entre as margens de decisão política e a autonomia funcional dos órgãos encarregados de sua aplicação, é necessário disponibilizar ferramentas para que as linhas de política criminal definidas pelo governo possam ser debatidas

política - no melhor e mais amplo sentido da expressão - do governo, na medida em que a mesma requeira o pronunciamento dos Tribunais" (LORENTE, 1980, p. 35).

62^{N. T.} A *Junta de Fiscales de Sala* é um órgão do Ministério Público. Ela é presidida pelo Procurador Geral do Estado e integrada pelo *Teniente Fiscal del Tribunal Supremo* e pelos *Fiscales de Sala*. Atua como secretário o Fiscal-Chefe da Secretaria Técnica. Ele auxilia o Procurador Geral do Estado em matéria doutrinária e técnica no que diz respeito: à formação dos critérios unitários de interpretação e atuação legal; à resolução de consultas; à elaboração dos informes e circulares; à preparação de projetos e informações que devam ser apresentados ao governo; a quaisquer outras de natureza análoga que o Procurador Geral do Estado estime procedente submeter a seu conhecimento e estudo.

no âmbito político e transferidas para o Ministério Público sem afetar as garantias de legalidade e imparcialidade que norteiam a atuação da instituição.

Primeiramente, é preciso que as decisões governamentais nesse campo sejam públicas, transparentes e submetidas a debate político em sede parlamentar. Quando essas instruções são tornadas públicas pelo governo antes de serem promulgadas e, por conseguinte, podem ser discutidas no Parlamento, consegue-se uma transparência que não apenas garante a higiene democrática como também incide sobre a segurança jurídica, ao proporcionar aos cidadãos e aos poderes públicos a possibilidade de um conhecimento prévio das linhas prioritárias de atuação do Ministério Público.

Em segundo lugar, parece claro que é o Procurador Geral do Estado o instrumento de canalização e garantia da aplicação uniforme e homogênea dos critérios de política criminal fixados pelo governo. Por isso, parece-me acertada a fórmula constitucional que outorga ao Poder Executivo a faculdade para designar e remover discricionariamente o Procurador Geral do Estado, o que, no fundo, constitui uma garantia de manutenção e asseguramento da aplicação efetiva da política criminal (DÍEZ-PICAZO, 2000).

Em terceiro lugar, é necessário proteger adequadamente a objetividade e a imparcialidade na atuação do Ministério Público, impedindo que, através das referidas instruções, o governo possa interferir nos distintos processos penais em curso. Nesse sentido, entendo que as instruções que o governo pode dirigir ao Ministério Público haverão de ser sempre instruções gerais e positivas, de orientação e atuação, ficando proibidas, em todo caso, as instruções particulares e negativas que pretendam impedir o início da investigação ou o sentido da acusação em qualquer processo penal em curso.

No meu modo de ver, este é o modelo implícito com que a Constituição define a posição institucional do Ministério Público e suas relações com o Poder Executivo. E parece que estamos, por fim, diante de um modelo que começa a encontrar certo grau de consenso na doutrina jurídica continental⁶³ e também nas propostas e documentos recentes manejados

63 Mostram-se partidários de um modelo baseado na autonomia funcional compatível com a comunicação com o Poder Executivo, entre outros: LÓPEZ AGUILAR (1996), DÍEZ-PICAZO (2000), DE LA OLIVA (1997), MORENO CATENA (1997), GIMENO (1988), MONTERO (2006), GARCÍA MORILLO (1996), GONZÁLEZ MONTES (1993); FUENTES SORIANO (2005). Na doutrina estrangeira, cabe citar, sem intenção de ser exaustivo: GUARNIERI (1984), NOBILI (1993), PIZZORUSSO (1993), CHIAVARIO (1995). Revestidas de interesse particular são as conclusões da chamada “Comissão Truche”, capitaneada pelo Presidente Chirac e composta por representantes dos distintos estamentos profissionais relacionados com a Administração da Justiça (“Rapport de la Commission de réflexion sur la justice”, 1997). Entre suas propostas sobre a reforma da justiça na França, um capítulo importante é dedicado ao Ministério Público, reconhecendo a competência do governo para estabelecer as linhas gerais da política relativa à

pelas instituições europeias que cuidaram do estatuto constitucional do Ministério Público.

Referências

- ALAMILLO, F. *El Ministerio Fiscal español, (su organización y funcionamiento)*. Madrid: Colex, 1990.
- APARICIO, J. El Ministerio Fiscal en la Constitución. *Jornadas sobre El Poder Judicial*. Madrid: Dirección General de lo Contencioso-Administrativo del Estado, Instituto de Estudios Fiscales, Vol. I, 1983.
- ARMENTA, T. *Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad: Alemania y España*. Barcelona: PPU, 1991.
- BORIGNA, P.; CASSANO, M. . *Il giudice e Il Principe*, Roma: Donzelli, 1997.
- BRUTI, E.; CERETTI, A.; GIASANTI A.. *Governo dei giudici*. Milão: Feltrinelli, 1996.
- CHIAVARIO, M.. *L'azione penale tra diritto e política*. Pádua: Cedam, 1995.
- COBO DEL ROSAL, M.; BOIX REIG, J. El Ministerio Fiscal. *Comentarios a las Leyes Políticas* (vol. IX). Madri: Edersa, 1987.
- DIAS J.P.; GHIRINGHELLI, R. de A. (org.). *O papel do Ministério Público. Estudo comparado dos países latino-americanos*. Coimbra: Almedina, 2008.
- CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C. *El Ministerio Fiscal*. Pamplona: Aranzadi, 1999.
- DE LA OLIVA, A. El fiscal y el futuro proceso penal. *Tribunales de Justicia*, 1, janeiro de 1997.
- DELMAS-MARTY, M. *Procesos penales de Europa*. Zaragoza, Edijus, 2000.
- DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, L. M.. Aspectos constitucionales del Ministerio Fiscal en España. *VI^{as} Jornadas Ítalo-Españolas de Justicia Constitucional celebradas em el Pazo Mariñán*, 2007. Disponível em: <http://turan.uc3m.es/uc3m/inst/MGP/cor-2ponesp-diezpicazo.pdf>.
- _____ *El poder de acusar*. Barcelona: Ariel, 2000.
- _____ Luis. *Experiencias jurídicas y teoría del Derecho*. Barcelona: Ariel, 1993.
- DIFEDERICO, G. La independencia del Ministerio Fiscal y el principio democrático de la responsabilidad en Italia: análisis de un caso anómalo desde una perspectiva comparada. *Poder Judicial*, 48, 1997. pp. 20 e ss.
- DUGUIT, L. *La separación de poderes y la Asamblea Nacional de 1789*. Madri: Centro de Estudos Constitucionais, 1996.
- DUGUIT, L.; MONNIER, H.; BONNARD, R., *Les constitutions et les principales lois politiques de la France depuis 1789*. Paris: Librairie generale de droit et jurisprudence, 1952.
- FLORES PRADA, I. *El Ministerio Fiscal en España*. Valência: Tirant lo Blanch, 1999.
- FIORAVANTI, M. *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones*. Madri: Trotta, 1996.

ação pública e recomendado a criação de canais que permitam ao governo atribuir ao Ministério Público instruções de caráter geral positivo. Quanto aos documentos e textos emanados de organizações internacionais cabe citar a Recomendação (200) 19 do Comitê de Ministros do Conselho da Europa sobre o papel do Ministério Público no sistema de justiça penal (§§ 12 e 15) e o informe sobre a Espanha emitido em 15 de junho de 2001 pelo GRECO (Grupo de Estados contra a Corrupção; Conselho da Europa), com especial atenção aos §§ 124 e 125.

- FUENTES SORIANO, Olga. *La investigación por el Fiscal en el proceso penal abreviado y en los juicios rápidos*. València: Tirant lo Blanch, 2005.
- GARAPON, A. *Juez y democracia*, Barcelona: Flor del viento ediciones, 1997.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. *Revolución Francesa y Administración contemporánea*. Madri: Civitas, 1994.
- GARCÍA MORILLO, J. *La democracia en España*. Madri: Alianza editorial, 1996.
- GARCÍA PELAYO, M. *Las transformaciones del Estado contemporáneo*. Madri: Alianza editorial, 1995.
- GIL-ALBERT, J. M. El Ministerio Fiscal en la Constitución. *Jornadas sobre El Poder Judicial*. Madri: Dirección General de lo Contencioso-Administrativo del Estado, *Instituto de Estudios Fiscales*, Vol. I, 1983.
- GIMENO, V. *Constitución y proceso*. Madri: Tecnos, 1988.
- GONZÁLEZ MONTES, J. L. *Instituciones de Derecho procesal*. Madri: Tecnos, 1993.
- GUARNIERI, C. *Magistratura e politica in Italia. Pesi senza contrapesi*. Bolonha: Il Mulino, 1992.
- _____. *Pubblico Ministero e Sistema Politico*. Padova: Cedam, 1984.
- _____. *L'indipendenza della magistratura*. Padova: Cedam, 1981.
- GUARNIERI, C.; PEDERZOLI, P. *La democrazia giudiziaria*. Bolonha: Il Mulino, 1997.
- _____. *La democrazia giudiziaria*. Bolonha: Il Mulino, 1997.
- _____. *La puissance de juger*. Paris: 1996.
- JANNACCONE, P. Il Pubblico Ministero nel sistema costituzionale. *Il Pubblico Ministero nell'ordinamento italiano. Rassegna dei Magistrati. Vº Congresso Nazionale, Unione Magistrati Italiani*, ano XVII, nºs 7-9, julho-setembro, 1977.
- JIMÉNEZ-BLANCO, A. Relevancia constitucional del Ministerio Fiscal. *Jornadas sobre El Poder Judicial*. Madri: Dirección General de lo Contencioso-Administrativo del Estado, *Instituto de Estudios Fiscales*, Vol. II, 1983.
- LIBRO blanco de la Justicia*. Madri: CGPJ, 1997.
- LÓPEZ AGUILAR, J. L.. *La justicia y sus problemas en la Constitución*. Madri: 1996.
- LORENTE. F. Estatuto del Ministerio Fiscal. *Cuadernos de Documentación*, 4. Madri: Instituto Nacional de Prospectiva, 1980.
- MARCHENA, M. *El Ministerio Fiscal: su pasado y su futuro*. Madri: 1992.
- MARTÍN-GRANIZO, M. El Ministerio Fiscal en España. *Separata de Documentación Jurídica*, nºs 10 e 11, Madri, 1977.
- MARTÍN PALLÍN, J. A.. El Ministerio Fiscal a la búsqueda de la legalidad y de los intereses generales. *Jornadas sobre El Poder Judicial*. Madri: Dirección General de lo Contencioso-Administrativo del Estado, *Instituto de Estudios Fiscales*, Vol. II, 1983.
- MARTINES, T. Indirizzio político. *Enciclopedia del diritto*, vol. XXI, Milão: Giuffrè, 1971.
- MARTÍNEZ DALMAU, R. *Aspectos constitucionales del Ministerio Fiscal*, València: Tirant lo Blanch, 1999.
- MEMORIA de la Fiscalía General del Estado*. Madri: Ministério de Justiça, 1983.
- MONTERO, J. *Proceso (civil y penal) y garantía*. València: Tirant lo Blanch, 2006.

MORENO CATENA, V. *Introducción al Derecho Procesal* (com CORTÉS Y GIMENO). Madri: Colex, 1997.

MUÑOZ CALVO, J. L. La independencia del Ministerio Fiscal en España. Su problemática. El llamado Consejo Fiscal. *El Poder Judicial* (vol. III). Madri: Instituto de Estudios Fiscales, Dirección General de lo Contencioso-administrativo del Estado, 1983.

NIETO, A. *El desgobierno judicial*. Madri: Trotta, 2004.

NOBILI, M. *Accusa e burocrazia. Pubblico Ministero e accusa penale. Problemi e prospettive di riforma. Giustizia penale oggi*. Bolonha: Zanichelli, 1979.

_____ L'autonomia del Pubblico Ministero, la recente polemica sul Pubblico Ministero: un pericoloso 'aut-aut'. *Politica del diritto*, ano XIV, nº 3, setembro de 1993.

_____ *Scenari e trasformazioni del processo penale*. Padova: Cedam, 1998.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, G. El despotismo y los jueces. *ABC*, 14 de maio de 1997.

PÉREZ GORDO, A. Naturaleza y funciones del Ministerio Fiscal en la Constitución y en su estatuto Orgánico. *Jornadas sobre El Poder Judicial*. Madri: Dirección General de lo Contencioso-Administrativo del Estado, Instituto de Estudios Fiscales, Vol. III, 1983.

PIZZORUSSO, A. Per un collegamento fra organi costituzionali politici e pubblico ministero. *Pubblico Ministero e accusa penale. Problemi e prospettive di riforma. Giustizia penale oggi/4*, Bolonha: Zanichelli, 1979.

_____ Dilemmi del ruolo del pubblico ministero: indipendenza, responsabilità, legalità. Le regole del processo penale alla prova. *Convegno organizzato dalla Commissione Giustizia della Camera dei deputati*. Roma, 8/9 de julho, 1993.

RAPPORT de la Commission de réflexion sur la justice". *La documentation française*, Paris, 1997.

RASSAT, M. *Le Ministère public entre son passé et son avenir*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence R. Pichon et R. Durand-Auzias, 1967.

ROXIN, C. *Derecho procesal penal*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2000.

RUIZ VADILLO, E. La actuación del Ministerio Fiscal en el proceso penal. *Poder Judicial*, nº especial II, 1988.

SAINZ MORENO, F. El Ministerio Fiscal y la defensa de la legalidad. *Revista de Administración Pública*, nº 108, setembro-dezembro, 1985.

SERRANO ALBERCA, J. M. Artículo 124. *Comentarios a la Constitución* (org. de GARRIDO FALLA). Madri: Civitas, 1985.

_____ *El artículo 124 de la Constitución. Comentarios a la Constitución*, Madri: Civitas, 1985.

TOHARIA, J. J. *Opinión pública y justicia. La imagen de la justicia en la sociedad española*. Madri: Consejo General del Poder Judicial, 2001.

TOHARIA, J. J.; GARCÍA DE LA CRUZ HERRERO, J. J. *La justicia ante el espejo: 25 años de estudios de opinión del CGPJ*. Madri: Consejo General del Poder Judicial, 2005.

TORRES BOURSALT, L. La división de poderes en la España de hoy. *Sistema*, nº 117, novembro, 1993.

VELLANI, M. *Il Pubblico Ministero nel processo* (2 volumes). Bolonha: Facultad de Derecho de la Universidad de Modena, 1970.

VIVES, T. *Derecho Penal*. València: Tirant lo Blanch, 1996.

ZAGREBELSKY, G. *El derecho dúctil*. 2ª ed. trad. de Marina Gascón. Madri: Trotta, 1997.

ZAGREBELSKY, V. Indipendenza del Pubblico Ministero e obbligatorietà dell'azione penale. In: *Pubblico Ministero e accusa penale. Problemi e prospettive di riforma. Giustizia penale oggi*. Bologna: Zanichelli, 1979.

Carlo Guarnieri

Universidade de Bolonha

A posição atual do Ministério Público na engenharia institucional italiana apresenta algumas características que o distinguem dos demais ordenamentos jurídicos nos principais regimes democráticos. Em particular, seguindo o modelo francês introduzido por Napoleão no início do século XIX, as funções do Ministério Público são confiadas ao mesmo corpo de magistrados que desempenha também funções judicantes. A partir da segunda metade do século XX, as garantias de independência da magistratura italiana foram progressivamente fortalecidas, envolvendo nesse processo também os membros do Ministério Público. Assim, após longa evolução, os membros do Ministério Público italiano passaram a gozar das mesmas garantias, autogovernando-se por meio do mesmo órgão, o *Consiglio Superiore dalla Magistratura* (Csm). O artigo aborda, assim, aspectos históricos e a peculiaridade do modelo italiano, e focaliza especialmente os mecanismos de controle da instituição e as recentes propostas de reforma no atual contexto político da Itália.

Palavras-chave: *Ministério Público – organização – Itália – controle*

Em suas características fundamentais, a Magistratura italiana apresenta o ordenamento organizatório e institucional típico dos países do *civil law* (MERRYMAN e PERDOMO, 2007). Assim sendo, pertence à categoria das magistraturas chamadas burocráticas, caracterizadas por recrutarem os próprios membros logo após os estudos universitários, por inseri-los em um corpo organizado hierarquicamente e por atribuir-lhes, em seguida, diferentes funções judicantes e requerentes em órgãos de diversos níveis (v. fig. 1).

Desse modo, no que se refere ao Ministério Público, para as Procuradorias da República - que operam junto aos tribunais e órgãos dos

64 Artigo traduzido por Gercélia B. de O. Mendes. Revisão e adaptação: Bruno Amaral Machado.

Juizados de Paz, órgãos judiciários de primeira instância - é designado um Procurador-Chefe, auxiliado por procuradores substitutos e, nos órgãos maiores, por um ou mais procuradores adjuntos. Às Procuradorias Gerais - que exercem as funções requerentes junto à Corte de Apelação - atribui-se um Procurador-Geral, auxiliado por um ou mais Advogados-Gerais e por um número variável de Procuradores-Gerais substitutos. Em seguida, junto à Corte de Cassação, existe uma Procuradoria-Geral, dirigida pelo Procurador-Geral, auxiliado por Advogados-Gerais e por Procuradores-Gerais substitutos. Ressalte-se que, enquanto existem laços hierárquicos entre Procuradorias e Procuradorias Gerais - hoje, na realidade, muito menos fortes que no passado - não há, nem nunca houve, nenhum laço hierárquico entre a Procuradoria-Geral junto à Corte de Cassação e as outras procuradorias. Também existem procuradorias especializadas em Menores, estruturadas de modo análogo aos órgãos requeutes de primeira instância.⁶⁵ Atualmente (outubro de 2010), operam junto aos órgãos judiciários 8402 magistrados, dos quais 2084 são designados para os órgãos do Ministério Público.

Hoje, a posição institucional do Ministério Público na Itália apresenta algumas características que o distinguem de boa parte dos ordenamentos prevaletentes nos principais regimes democráticos. Em particular, seguindo o modelo francês introduzido por Napoleão no início do século XIX, as funções do Ministério Público são confiadas ao mesmo corpo de magistrados que desempenha também funções judicantes. Como veremos, a partir da segunda metade do século XX, as garantias de independência da magistratura italiana foram progressivamente fortalecidas, envolvendo nesse processo também os membros do Ministério Público. Assim, ao término de uma longa evolução, os membros do Ministério Público italiano passaram a constituir não apenas um corpo único com os magistrados que desempenham funções judicantes, mas gozam das mesmas garantias, autogovernando-se através do mesmo órgão, o *Consiglio Superiore dalla Magistratura* (Csm). Trata-se de uma situação que coloca o Ministério Público italiano em uma posição particular (v. tab. 1), a qual não deixou de suscitar críticas e propostas de reforma que, contudo, até agora, não tiveram êxito significativo.

A formação da magistratura na Itália: do Estado Liberal ao fascismo.

O ordenamento da magistratura italiana, em suas linhas fundamentais, estrutura-se logo após a unificação do país, quando o modelo burocrático de matriz napoleônica existente no Reino da Sardenha é estendido a toda a Itália. A rapidez do processo de unificação e as resistências encontradas, especialmente na região do *Mezzogiorno*, incentivaram a

⁶⁵ Em grau de apelação, os casos menos importantes são tratados por sessões especializadas da Corte de Apelação, onde a acusação é exercida por um magistrado da Procuradoria Geral.

classe governante a proceder sem hesitações - como, de resto, em todo o campo da administração pública - à fusão dos aparelhos dos velhos Estados sobre a base do ordenamento piemontês. Diante da difícil situação interna, fazia-se indispensável que os novos governantes dispusessem de um corpo de magistrados leal ao novo Estado: uma necessidade premente, que não devia ser obstada por garantias excessivas de independência. Daí a adoção do modelo napoleônico, que parecia satisfazer essa exigência.

As necessidades iniciais condicionaram as evoluções subsequentes. Em todo o período liberal - de 1861 a 1922 - a Magistratura gozou de garantias de independência bastante limitadas, uma vez que era estruturada essencialmente como um setor especializado da administração pública. Nesse sentido foi interpretado o art. 68 da Carta Constitucional, que estabelecia que “a Justiça emana do Rei e é administrada em seu nome pelos Juizes por ele designados”. O art. 73 reforçava, além disso, essa visão instrumental do papel judiciário, prescrevendo que “a interpretação das leis, de modo obrigatório para todos, cabe exclusivamente ao poder legislativo”. A função judiciária era considerada parte da função executiva no âmbito de uma visão que tendia a individuar apenas duas grandes funções de governo: a executiva, justamente, e a legislativa.

De fato, o Ministro da Justiça dispunha, ao menos na Carta, de amplas prerrogativas. Eram vastas as possibilidades de exercer influência sobre o corpo judiciário, sobretudo por meio do recrutamento e da carreira. Com efeito, um primeiro caminho para se tornar magistrado exigia, além do diploma de Direito, a admissão na função de auditor e a aprovação em um concurso perante a comissão nomeada pelo Ministro. Na realidade, entre 1865 e 1890, apenas a metade dos magistrados foi recrutada através do concurso de auditor^{66N. T.}. Os outros o foram, quase todos, através de outra via, qual seja, a da nomeação direta pelo Ministro, que podia escolher livremente no âmbito de algumas categorias de profissionais do Direito: vice-pretors honorários, advogados, procuradores, tabeliães com certa experiência. Além disso, cabiam sempre ao Ministro as promoções aos graus superiores.

Segundo a Carta - a Constituição do Reino - os juizes eram inamovíveis, mas a garantia de inamovibilidade era frustrada, muitas vezes, pela possibilidade de ordenar transferências “por utilidade do serviço” (art. 199 do Ordenamento Judiciário de 1865). Mais amplos ainda eram os poderes em relação ao Ministério Público, que, como assinalamos, formava um mesmo corpo com os magistrados judicantes. Aqui, sempre segundo a Carta, os poderes do Ministro estendiam-se a ponto de se tornarem poderes de direção reais e próprios: de fato, o Ministério Público, definido como o representante do Poder Executivo junto à autoridade judiciária (art. 129) era, nessa condição, obrigado a obedecer às diretrizes ministeriais. Com o

^{66N. T.} No sistema judiciário italiano, primeiro grau da carreira de magistrado ordinário.

passar do tempo, tornaram-se cada vez mais numerosas as transferências da Magistratura judicante à Magistratura requerente e vice-versa. Na realidade, o Ministério Público tendia a se tornar - ao menos nas intenções do governo - o vigia, senão o controlador, da Magistratura judicante. Com efeito, muitas informações sobre as quais o Ministro baseava-se para decidir sobre a carreira e a aplicação de sanções disciplinares aos juizes eram disponibilizadas pelo Ministério Público.

Em todo caso, garantias institucionais frágeis não implicam necessariamente uma autonomia escassa dos magistrados em relação ao governo. As relações entre Magistratura e política são estreitadas no contexto da época. A maior parte dos antigos magistrados, nomeados imediatamente após a unificação, era de origem política e provinham da geração que tinha participado das lutas do *Risorgimento*. Por conseguinte, políticos e magistrados daquele tempo não eram considerados dois grupos distintos: a Magistratura, sobretudo em seus graus mais elevados, constituía, na realidade, uma articulação da classe política. Frequente eram os casos de magistrados que integravam o Parlamento e o governo, especialmente no Ministério da Justiça: entre 1861 e 1900, metade dos Ministros da Justiça, assim como secretários-gerais e subsecretários desse ministério provinham das fileiras da Magistratura. A Magistratura também era bem representada no Legislativo, onde, sobretudo através dos poucos magistrados no Senado, podia controlar as reformas que interessavam ao Judiciário. Em 1866, por exemplo, dos 43 magistrados em serviço - primeiros presidentes e procuradores-gerais junto às Cortes de Cassação e de Apelação - 27 tinham feito, faziam ou fariam parte do Parlamento Nacional. Em 1896, a relação ainda era de 20 para 48 e, em 1920, de 15 para 49.

Essa situação começa a mudar com o fim do século XIX, ou seja, com o exaurimento da geração do *Risorgimento* e a ascensão dos magistrados recrutados segundo critérios prevalentemente profissionais. Em 1890, por obra de Zanardelli, foram reformados os processos de recrutamento. Aboliu-se a possibilidade de ingressar na Magistratura também por nomeação ministerial e estabeleceu-se a obrigatoriedade de concurso. Outra evolução importante foi aquela realizada por outra série de reformas no início do século XX. As garantias de independência foram fortalecidas, sobretudo com a instituição do *Consiglio Superiore della Magistratura*, composto de magistrados antigos, eleitos pelos magistrados das Cortes de Cassação e, em menor medida, nomeados pelo governo. Ainda que os pareceres desse Conselho Superior sobre as promoções e transferências dos magistrados fossem apenas consultivos e pudessem ser desconsiderados pelo Conselho dos Ministros, começou-se a construir uma carreira orientada por critérios internos à organização judiciária: realmente, não era fácil para o Ministro decidir contrariamente às indicações do Conselho Superior.

Em consequência dessas reformas, Magistratura e classe política começaram a se separar: a alta Magistratura passou a ser composta em medida crescente por funcionários de formação técnica. Sua participação no processo político em sentido estrito diminuiu, testemunhando a forte redução do número de magistrados membros da Câmara dos Deputados - a câmara eletiva - ou do governo. Tudo isso não significa que o papel da hierarquia na gestão do corpo judiciário não se tenha ressentido dessa evolução. Mais do que isso, a própria acentuação dos traços burocráticos da organização judiciária reforçou a função de direção desempenhada pelos altos graus, que, na condição de nomeados pelo governo, passaram a ser o principal canal de transmissão da influência do sistema político sobre a Magistratura: uma situação ainda mais acentuada no caso do Ministério Público. Por outro lado, a extinção daquele estado de integração entre Magistratura e classe política que havia caracterizado os primeiros 30-40 anos de vida unitária, embora tenha incitado toda a Magistratura a exigir maiores garantias de independência da classe política, ao fortalecer os poderes e, sobretudo, a visibilidade dos graus mais elevados do aparelho, introduziu no corpo judiciário um elemento de tensão entre os magistrados de grau mais elevado e os demais membros da carreira.

O advento do fascismo não constituiu uma pausa na evolução do ordenamento institucional da Magistratura. Pelo contrário, em certa medida, o fascismo pareceu ter concretizado tendências já presentes antes, acentuando, ulteriormente, os traços burocráticos da organização judiciária. O regime limitou-se a fortalecer o ordenamento hierárquico, revogando as concessões feitas pelo governo liberal dos primeiros tempos do pós-guerra. O recrutamento continuou sendo feito, porém, mediante concurso público, e não houve admissão de funcionários externos: foi respeitada, ao menos a princípio, a separação entre política e justiça. Em 1925, o Ministro da Justiça, Alfredo Rocco, um dos artífices da arquitetura institucional do regime, sintetizava de modo eficaz essa situação em uma declaração à Câmara: "a Magistratura... não deve fazer política de nenhum gênero... não queremos que ela faça política governamental ou fascista, mas exigimos firmemente que ela não faça política antigovernamental ou antifascista. E isso acontece na imensa maioria dos casos" (NEPPI MODONA, 1973, p. 142).

Na realidade, a atuação da Magistratura era condicionada pelo contexto político instaurado pelo regime e, por conseguinte, pela abolição das liberdades civis e políticas. O fascismo executou, em relação à Magistratura, a estratégia de controle indireto típica dos regimes autoritários, reforçando os poderes da polícia e criando, para os casos de relevância política, jurisdições especiais, como o Tribunal Especial para a Defesa do Estado - composto de juizes de origem política - mais do que tentando "*fascicizar*" os membros do judiciário. À Magistratura atribuiu-se a tarefa de julgar as causas, civis

e penais, consideradas sem importância pelo regime. Naturalmente, como ressaltou Rocco, essa estratégia implicava a despolitização do corpo e, por conseguinte, a supressão das formas de associacionismo que tinham se desenvolvido durante os últimos anos do período liberal.

Em todo caso, não foram necessárias medidas excepcionais para induzir a Magistratura, em seu conjunto, a não se opor ao novo regime. Mesmo sem levar em conta um ordenamento que, apesar de tudo, deixava poderes notáveis ao Executivo, a estratégia de controle exercida pelo fascismo foi facilitada pela prevalência, entre os magistrados, além de uma atitude geral conservadora, em substancial acordo com as escolhas políticas do regime, de uma definição do próprio papel em termos executivos ou, em todo caso, passivos, alinhada com aquela tradicionalmente prevalecente nas magistraturas do *civil law*. Com efeito, se a tarefa do magistrado era definida como sendo a de aplicar a lei fielmente e sem reserva, então, o regime, que agora controlava totalmente o processo legislativo, nada tinha a temer da Magistratura. Pode-se acrescentar que, além da tradicional influência do Ministro da Justiça sobre o Ministério Público, a função de “filtro” desempenhada pela polícia, diretamente sujeita à influência do governo, fazia com que casos politicamente incômodos dificilmente pudessem chegar às salas de justiça. Foi somente no final dos anos 30, quando as aspirações totalitárias fizeram-se mais fortes, que o regime iniciou um processo de penetração na Magistratura, como também em outros aparelhos do Estado, daí a criação dos cursos de preparação para os auditores judiciários, a afiliação (quase) obrigatória ao Partido ou as várias circulares sobre a obrigatoriedade de vestir o uniforme de serviço ou de adotar a saudação romana. Em geral, porém, a “fascicização” [*grifo nosso*] resultou ser, acima de tudo, um fenômeno de fachada, que não conseguiu repercutir sobre as características tradicionais da organização judiciária. As normas da organização judiciária emanadas do Ministro Grandi em 1941 - que, até pouco tempo, regulavam em boa parte a matéria - tampouco trouxeram uma inovação substancial ao esquema de relações entre Poder Executivo e Magistratura. Por conseguinte, o ordenamento tradicional burocrático não foi atingido.

O Ministério Público do regime democrático republicano

O regime democrático republicano influiu profundamente sobre a posição institucional da Magistratura e, em particular, do Ministério Público. De fato, o processo de discussão e aprovação da Constituição de 1948 contribuiu para fortalecer notavelmente as garantias de independência dos magistrados - judicantes e requerentes - desenhando, assim, uma estrutura que diverge, em certos aspectos, daquela dos países da Europa Continental à qual pertencia por tradição.

No momento da queda do fascismo, a Magistratura italiana apresenta-se como um corpo moldado a partir de outras burocracias públicas, com características que, em grande medida, sobrevivem ainda hoje. Os magistrados são recrutados por concurso público, normalmente em idade relativamente jovem, logo depois de haverem obtido o diploma de Direito, e, em seguida, são inseridos em um corpo estratificado em graus, no qual a cada grau corresponde certo número de funções. A passagem a um grau superior - e, portanto, a “funções” superiores também - acontece através de avaliações que levam em conta o tempo de serviço e o mérito, do modo como ele é definido pelos superiores hierárquicos. Em outras palavras, assim como em outros aparelhos do Estado, aqui também se realiza o princípio da cooptação: são os magistrados de grau mais elevado que decidem quais juízes “inferiores” são promovidos e, conseqüentemente, admitidos nos graus “superiores”. Nesse processo, um papel particularmente importante é desempenhado pelos magistrados da Corte de Cassação, que são não apenas aqueles que operam junto à Corte Suprema, mas também aqueles que, tendo atingido o grau correspondente, encontram-se na chefia dos órgãos judiciários: os primeiros presidentes e os procuradores-gerais das Cortes de Apelação e os presidentes e procuradores dos tribunais mais importantes. De fato, na maioria dos casos, são os magistrados da Corte de Cassação que têm assento nas comissões que decidem sobre as promoções. A influência da política e, mais precisamente, do governo, manifesta-se no vértice da pirâmide judiciária, na nomeação dos magistrados de grau mais elevado, que, normalmente, o Executivo escolhe entre aqueles de grau imediatamente inferior. Desse modo, o Executivo não apenas está em condições de escolher, para essas posições, os magistrados que considera “melhores”, como também os magistrados que pretendem fazer carreira até atingir as posições mais altas sabem como devem orientar suas ações.

A transição para a democracia não tem, inicialmente, conseqüências particulares: o tradicional modelo organizatório é respeitado ao menos em uma primeira fase. Limitada é a depuração dos funcionários envolvidos com o regime passado. Em maio de 1946, é promulgada a “Lei sobre as Garantias da Magistratura”, que institui um Conselho Superior da Magistratura, eleito de modo indireto por toda a Magistratura, mas composto apenas pelos magistrados de grau elevado - com a tarefa de supervisionar todos os processos de promoção e disciplinares, ainda que continuem sendo de competência do governo todas as nomeações para posições mais elevadas - e, inovação destinada a ter conseqüências importantes, os magistrados do Ministério Público são retirados da posição tradicional de dependência funcional em relação ao Ministro da Justiça.

Seja antes, seja durante a fase constituinte, a orientação das forças políticas é influenciada, sobretudo, pela lembrança da crise do regime

liberal e do advento do autoritarismo fascista. Essa experiência negativa condiciona de modo relevante as posições dos partidos no que se refere ao ordenamento das instituições políticas e favorece a disseminação de uma atitude de suspeita em relação ao Executivo, visto como fonte de perigos potenciais para a nova democracia. Acrescente-se a isso o fato de a classe política apresentar-se dividida, ao menos do ponto de vista político-cultural, em três grandes setores: liberal, católico e marxista. O declínio do inimigo comum - o fascismo - e as mudanças no ambiente internacional tendem a fazer emergir as diferenças entre esses setores e, em última análise, a aumentar a desconfiança presente desde sempre entre as forças políticas. Em conclusão, as experiências do passado, as relações entre os principais partidos e as perspectivas do futuro fazem com que a exigência de controlar e limitar o poder faça-se sentir de modo particularmente intenso no período em que são elaboradas as novas regras do jogo.

Assim, as supramencionadas medidas de 1946, mesmo sem introduzir inovações drásticas, destinam-se, sobretudo, a limitar os poderes do Executivo em relação à Magistratura, especialmente a Magistratura requerente. Como se assinalou, o principal objetivo que, ademais, move a atuação dos constituintes parece ser o de limitar ao máximo, e, quiçá, eliminar, os poderes do Executivo em relação à Magistratura. Com efeito, constata-se que teria bastado impedir a ingerência do governo para permitir que a Magistratura cumprisse “naturalmente” a própria função garantidora de modo apolítico e imparcial. Essa atitude fica bem clara na discussão sobre a situação institucional do Ministério Público. Em um primeiro momento, tenta-se solucionar o problema, sem muito sucesso, por meio da determinação da “natureza”, administrativa ou jurisdicional, da função requerente. Ao fim, ainda que alguns dos constituintes manifestem perplexidade diante da perspectiva de subtrair *completamente* o Ministério Público às diretrizes do Ministro da Justiça - de modo que o problema é confiado ao legislador ordinário - decide-se solucionar a questão inserindo-se, na Constituição, o princípio da obrigatoriedade da ação penal, assim considerado não apenas como uma consequência iniludível do princípio da legalidade, mas também como um instrumento útil para evitar interferências políticas perigosas na atividade requerente. Contrariamente, o problema da realização concreta de tal princípio não é enfrentado, confirmando a prevalência de uma concepção executória inclusive da atividade do Ministério Público. Por outro lado, o objetivo de limitar ao máximo os poderes do Executivo também emerge claramente do fato de se atribuir os poderes de governo da Magistratura a um órgão de composição mista – o Csm - que *não* prevê a participação do Ministro da Justiça e no qual, ao lado de uma maioria de membros togados, têm assentos membros laicos, eleitos pelo Parlamento.

O resultado global desse processo pode ser encontrado nos artigos da Constituição (101-113) que delineiam a posição da Magistratura no novo regime. Em substância, para além de algumas ambiguidades, talvez inevitáveis, o texto constitucional distingue-se, sobretudo:

- por recepcionar, de modo substancialmente inalterado, o tradicional ordenamento burocrático da nossa Magistratura. Esse ordenamento é considerado um elemento característico do sistema judiciário italiano, instrumento indispensável para a realização dos princípios de legalidade e certeza do Direito - que são, por sua vez, expressões da tradição jurídica italiana e características constitutivas de um ordenamento democrático-constitucional - e, por conseguinte, inalteráveis;

- por prever um aumento apreciável das garantias de independência da Magistratura - judicante e requerente - em relação às outras estruturas do governo: Executivo e Legislativo. De independência "interna" - vinculada às relações entre juízes de graus e funções diversas - somente se há de falar anteriormente, nos anos 50. Na Constituinte, ninguém discute a necessidade da carreira: uma certa dose de hierarquia é considerada indispensável para garantir o funcionamento do aparelho judiciário. Assim, a Constituição prevê uma série de medidas que levam a um grande fortalecimento da independência da Magistratura. A consequência indubitavelmente mais importante do fato de confiar a um novo *Csm* - composto por dois terços dos Magistrados eleitos pelos próprios colegas e por um terço dos professores universitários de Direito e advogados com, ao menos, 15 anos de prática profissional escolhidos pelo Parlamento e, na prática, designados pelos partidos - a competência exclusiva pelas contratações, designações, transferências, promoções e medidas disciplinares relativas aos Magistrados judicantes e requerentes (art. 105). Ademais, inseriu-se na Constituição (art. 112) o princípio da obrigatoriedade do exercício da ação penal por parte do Ministério Público, fato que, em seguida, terá forte influência no favorecimento da equiparação progressiva do *status* desse Magistrado ao do juiz.

O ordenamento delineado pela Constituição não é imediatamente realizado. Em uma primeira fase, a tradicional dependência da Magistratura em relação ao governo não foi seriamente atingida e, sobretudo, não o foi o papel crucial exercido pelos magistrados de grau mais elevado, até porque, nesse grupo de magistrados e forças políticas de governo, cria-se quase que imediatamente uma relação de boa colaboração. Todavia, o retorno a um regime democrático, após a queda do fascismo, criara as condições necessárias para que os magistrados pudessem atuar livremente em defesa de seus interesses: assim, em 1945, a Associação Nacional dos Magistrados Italianos (Anm), que já durante a Assembleia Constituinte desenvolveu uma

atividade discreta de pressão em defesa dos interesses do corpo, retoma sua atividade. A novidade, contudo, é que, na segunda metade dos anos 50, e em particular após 1957, começam a surgir, dentro da Magistratura, posições mais radicais, que contestam os mecanismos de carreira existentes e os poderes dos magistrados de grau mais elevado - sustentando, em resumo, sua incompatibilidade com o novo papel atribuído ao juiz e à Magistratura pela Constituição republicana - e são favoráveis a um Csm livre dos condicionamentos ministeriais e o mais representativo possível de todos os componentes do corpo judiciário. Desenvolve-se, assim, uma concepção da independência da Magistratura que não se refere apenas à dimensão, clássica, da independência em relação aos outros poderes do Estado, mas que ressalta também a necessidade de salvaguardar a independência “interna”, ou seja, a independência do juiz em relação aos demais membros do Poder Judiciário. Baseando-se no art. 101 da Constituição - “os juízes são submetidos unicamente à lei” - afirma-se que o fato de a carreira ser controlada hierarquicamente constitui uma forma indevida de pressão sobre os magistrados de grau inferior que viola o ditame constitucional: de fato, está claro que, se pretendem ser promovidos, os magistrados não podem se esquivar das expectativas dos graus superiores.

Na realidade, a partir de 1959 - data em que o Csm previsto pela Constituição começa a funcionar - o quadro das relações entre Magistratura e sistema político começa a mudar. Antes de tudo, a instituição do Csm reduz drasticamente os poderes do governo em relação à Magistratura: subtrai-se progressivamente ao Ministro da Justiça as competências no âmbito do recrutamento e da carreira dos magistrados. Essas competências são transferidas ao Csm, que, inicialmente, porém, é composto em grande medida por magistrados de grau superior, que estão em condições de determinar - infelizmente, em acordo com os conselheiros laicos eleitos pelos partidos da maioria - as decisões do Conselho. Por essa razão, a instituição do Csm não resolve, mas acentua, ulteriormente, as tensões que se tinham manifestado com intensidade crescente dentro da Magistratura e que diziam respeito, sobretudo, à modalidade de seleção interna, isto é, à carreira. A Anm, fortalecida pelo apoio da opinião pública e de suas relações cada vez melhores com os partidos, não hesita, por várias vezes, em ameaçar fazer greve para defender as próprias reivindicações, que, assim, após longas e controvertidas negociações, são acolhidas em grande medida pelo governo e pelo Parlamento. Assim, a partir de 1963, uma série de medidas leva ao desmantelamento progressivo dos antigos instrumentos de seleção. Trata-se de medidas que, confiando totalmente as decisões sobre as promoções ao Csm, tornaram-nas automáticas - mesmo quando são formalmente previstas - no sentido de que, de fato, coincidirão com o decorrer do tempo de serviço. De fato, não é possível englobar todos

os aspectos desse processo sem levar em conta que, sempre sob a pressão das reivindicações dos magistrados de grau menos elevado, entretanto, a estrutura do Csm também estava mudando: eleito, no início, com uma lei eleitoral de tipo majoritário, que assegurava aos magistrados da Corte de Cassação uma posição predominante, ele viu essa predominância reduzida, em 1967 e, depois, definitivamente eliminada em 1975, quando foi introduzida uma lei eleitoral de tipo proporcional com escrutínio de lista que, em seguida, foi objeto de correções, as quais, porém, não lhe alteraram a substância. Por conseguinte, a partir de 1975, todos os magistrados, sem distinção de grau, votam e são representados no Conselho, onde os assentos são distribuídos entre as diversas listas mais ou menos na proporção dos votos obtidos. É, então, evidente que a composição modificada do Conselho influenciou necessariamente o modo como as leis sobre as promoções foram aplicadas, uma vez que, de fato, os controladores são escolhidos por aqueles que eles devem controlar.

Todas essas transformações foram acompanhadas por uma forte atividade de pressão sobre as instituições políticas e sobre os partidos por parte da Magistratura. O principal instrumento de articulação das demandas dos magistrados e, sobretudo, daqueles de grau inferior, foi a Anm. Compreender plenamente as características da nossa Magistratura - e também, indiretamente, as orientações político-culturais que nela prevalecem - envolve levar em conta também evoluções da vida associativa, caracterizada por grandes divisões internas que se expressam, sobretudo, na presença de correntes organizadas no seio da Anm. É na metade dos anos 60 do século passado que esses agrupamentos - dotados de uma estrutura organizatória embrionária e de órgãos de imprensa próprios - surgem e consolidam-se. Hoje, existem substancialmente quatro correntes (v. tab. 2). Simplificando um pouco - e baseando-nos em boa parte na forma como se definem e tendem a se coligar - elas podem ser ordenadas assim, da esquerda para a direita: *Magistratura Democratica*, *Movimento per la Giustizia*, *Unità per la Costituzione* e *Magistratura Indipendente*. Ao longo dos anos, especialmente depois das reformas que desmantelaram a antiga carreira, as contraposições entre as correntes, mesmo permanecendo, perderam muito de sua intensidade, ou melhor, manifestam-se, sobretudo, quando estão em jogo decisões do Csm de particular relevância, como a nomeação dos chefes dos órgãos mais importantes. Todavia, em relação ao ambiente político, as correntes mostraram uma elevada - ainda que não absoluta - solidez, mantendo-se o poder de pressão da magistratura.

De modo geral, o período que vai do fim dos anos 50 ao início dos anos 90 do século passado foi caracterizado por um crescimento notável das garantias de independência dos magistrados - judicantes e requerentes. As garantias, de fato, não foram destinadas apenas a proteger a independência

em relação às outras instituições políticas - a chamada independência “externa” - mas visaram também salvaguardar a independência “interna”. No caso dos magistrados do Ministério Público - que, lembremos, formam um mesmo corpo com os magistrados judicantes - essa tendência expressou-se também na afirmação da chamada “personalização das funções requerentes”, que se funda na dissolução tendencial dos vínculos de natureza hierárquica, ao menos no que diz respeito ao exercício das funções jurisdicionais, entendidas em sentido amplo, compreendendo, assim, também o exercício da ação penal (NICOLÌ, 2008, p. 100).

As reformas mais recentes e seu impacto

Nos últimos 20 anos, o ordenamento da magistratura italiana - e do Ministério Público - também tem sido objeto de várias propostas de reforma, ainda que, em todo caso, o processo tenha apenas se iniciado e ainda seja cedo para avaliar todos os seus efeitos.

Uma primeira medida importante foi a reforma processual que entrou em vigor em 1989 (BIAVATI, 2008, pp. 229 e ss.). Tratou-se de uma medida de grande relevância, esperada há muito tempo, que visou transformar profundamente o processo penal italiano, fazendo com que ele abandonasse sua tradicional estrutura semi-inquisitória ou “mista” - com uma fase pré-contraditório, de incumbência prevalente do juiz instrutor e o contraditório, de estrutura mais claramente acusatória, com Ministério Público e defesa enfrentando-se perante um juiz - para passar a uma configuração de molde predominantemente acusatório. Nessa nova configuração, o juiz instrutor foi abolido e as investigações preliminares, confiadas ao Ministério Público, sob o controle - para as decisões que incidem sobre os direitos de liberdade do cidadão - de um juiz (o juiz das investigações preliminares). A reforma teve como consequência um fortalecimento decisivo do papel do Ministério Público, inclusive pela via dos amplos poderes que o novo código lhe atribui em relação à polícia judiciária. Essa posição de relevo também foi reforçada pelo fato de o princípio da obrigatoriedade da ação penal - como vimos, presente na Constituição, no art. 112 - ter sido interpretado, por muito tempo, como uma barreira a toda forma de controle substancial sobre o comportamento do Ministério Público: realmente, para além dos casos evidentes de inação ou negligência, não se fez nenhuma avaliação eficaz do modo como os magistrados do Ministério Público exercem os próprios poderes (DI FREDERICO, 2008b). Somente nos últimos tempos - especialmente após a reforma de 2007, que abordaremos em breve - é que os poderes dos chefes dos órgãos foram fortalecidos de algum modo.

Na realidade, o dismantelamento dos poderes do Ministro da Justiça e, depois, o enfraquecimento daqueles dos chefes dos órgãos - por exemplo,

no caso do Ministério Público, aqueles exercidos durante algum tempo pelos procuradores-gerais junto à Corte de Apelação - haviam levado, a partir do fim dos anos 70 do século passado, a uma estrutura dos órgãos requerentes caracterizada por uma dispersão considerável do poder. Como assinalamos, é verdade que se afirmara uma tendência para o aumento das garantias de independência de cada um dos órgãos do Ministério Público. A exigência de enfrentar comportamentos criminosos e caracterizados por elevada periculosidade levou, porém, em 1991, à instituição de estruturas especializadas: a Direção Nacional Antimáfia, interna à Procuradoria Geral atuante junto à Corte de Cassação, e as Direções Distritais Antimáfia, internas às procuradorias atuantes nos tribunais situados junto às sedes das Cortes de Apelação (v. fig. 1). A Direção Nacional Antimáfia - que, em todo caso, goza de uma autonomia considerável em relação à Procuradoria Geral - tem a tarefa de estimular a coordenação entre os órgãos do Ministério Público e de garantir a qualidade das investigações nos procedimentos relativos aos delitos da criminalidade organizada - “crimes de máfia” - ainda que não se configure como um órgão requerente hierarquicamente subordinado. A coordenação explica-se sobretudo pela prevenção ou solução de eventuais discordâncias e superposições entre os órgãos do Ministério Público que investigam crimes de máfia. De fato, dentro de cada uma das 26 Procuradorias da República com sede na capital do distrito da Corte de Apelação - na prática, a cidade mais importante - existe uma Direção Distrital Antimáfia, que tem o encargo de realizar as investigações relativas aos mencionados “crimes de máfia” (NICOLÌ, 2008, especialmente pp. 104 e ss., 121 e ss.).

Por outro lado, o papel relevante progressivamente assumido pelo Csm na administração da Magistratura italiana e de todo o sistema judiciário foi objeto de críticas crescentes. Um dos aspectos mais frequentemente criticados foi a chamada “politização” do Conselho, entendendo-se por essa expressão o fato de suas decisões serem cada vez mais influenciadas pelas correntes judiciárias e, portanto, serem fruto, mais que de uma consideração do mérito dos problemas, de lógicas de pertencimento às distintas associações. Esse fenômeno foi objeto de crítica, sobretudo, em razão do papel desempenhado pelo Conselho na nomeação dos chefes dos órgãos - judicantes e requerentes. Para muitos, um modo de impedir essas disfunções pareceu ser a reforma da lei eleitoral.⁶⁷ Assim, em 2002, foi suplantado o sistema proporcional de escrutínio em favor de um sistema que prevê que o voto seja expresso não mais em lista - expressão quase sempre das correntes - mas diretamente nos candidatos (ainda que, na realidade, os candidatos sejam quase sempre expressões das correntes). Como cada magistrado vota em três colégios

67 Por exemplo, em 1990, o colégio único nacional havia sido substituído por quatro colégios, mas sempre com um sistema eleitoral proporcional com escrutínio de lista. Todavia, a reforma não havia surtido efeitos particulares.

plurinominais e dispõe de um único voto para cada colégio, o sistema não mudou radicalmente em relação ao sistema proporcional: de fato, é suficiente que as correntes distribuam os votos dos próprios membros de modo apropriado, que é o que quase sempre aconteceu, especialmente depois das primeiras experiências (vide tab. 2). Mas a novidade foi a separação do eleitorado passivo, ou seja, a previsão de colégios separados para a eleição dos juizes e dos membros Ministérios Públicos (além dos magistrados da Corte de Cassação). Assim, ainda que todos os magistrados participem da escolha, a partir de então, contrariamente ao que acontecia no passado, o conselho passa a prever uma proporção fixa de magistrados judicantes e requerentes.⁶⁸

Mais ambiciosos são os objetivos da reforma promulgada recentemente, entre 2005 e 2007. No período republicano, o sistema Judiciário havia sido objeto de diversas intervenções legislativas que, contudo, nunca se haviam concretizado em uma reforma abrangente. Foi somente em 2005 que se assistiu à entrada em vigor de uma medida orgânica que tinha a intenção de incidir profundamente na estrutura de nossa Magistratura (Lei 150/2005). A reforma Castelli - assim batizada pelo Ministro da Justiça do governo de centro-direita que a preparara - encontrou, porém, uma oposição fortíssima na Magistratura associada e também nas forças políticas de centro-esquerda. A vitória deste último grupo nas eleições de 2006 levou, primeiramente, a uma suspensão de boa parte da reforma Castelli e, em seguida, em julho de 2007, à aprovação de uma medida, ao menos em parte, alternativa, projetada pelo novo Ministro da Justiça, Mastella (Lei 111/2007).

A reforma Castelli previa uma separação bastante rígida entre as duas carreiras, a judicante e a requerente. De fato, exigia-se já dos participantes do concurso de ingresso que indicassem sua preferência por uma das duas. Uma vez aprovado no concurso inicial comum e inserido na carreira previamente escolhida - obviamente, no âmbito dos postos disponíveis - dava-se ao magistrado uma única possibilidade de passar à outra carreira, após 5 anos de ingresso no corpo, mas mudando de distrito de Corte de Apelação. Depois disso, teria que permanecer pelo resto de sua vida laboral exercendo a mesma função. Quanto aos controles da profissionalidade, a reforma pretendia restabelecer uma espécie de estrutura hierárquica, introduzindo um mecanismo complexo de concursos internos, com um número de aprovados limitado aos postos a serem ocupados, baseado em avaliações justificadas, operadas por comissões compostas de magistrados e professores universitários escolhidos pelo Csm. Ainda que restasse ao Conselho alguma margem de liberdade quanto às decisões das comissões de concurso, tratava-se, sem dúvida, de uma grande limitação dos poderes daquele órgão, ao menos em relação à situação precedente.

A essas medidas a centro-esquerda respondeu, primeiro, suspendendo as partes da reforma Castelli referentes à separação das carreiras e ao controle de profissionalidade e, depois, em março de 2007, apresentando um projeto de lei, que foi aprovado mais tarde, no final de julho. A nova medida torna muito menos rígida a separação das carreiras. Após longas hesitações - devidas também às divergências quanto a esse ponto dentro da centro-esquerda - previu-se, então, a possibilidade de passar à outra carreira - até quatro no decurso da vida laboral do magistrado - mas com a necessidade de mudar de região, se a passagem envolvesse um órgão judicante penal, ou de província, se o órgão envolvido fosse civil. Quanto aos controles de profissionalidade, no que diz respeito à reforma Castelli, o mecanismo dos concursos foi totalmente abolido e introduziram-se avaliações quadrianuais de profissionalidade, baseadas em um quadro muito detalhado de critérios, ao encargo dos Conselhos Judiciários⁶⁹ e do Csm. Como se pode ver, a reforma não altera substancialmente a estrutura existente em dois pontos cruciais: as avaliações continuam sendo de tipo aberto, ou seja, sem um número predeterminado de habilitados, sendo realizadas por órgãos eleitos predominantemente por aqueles que serão, mais tarde, submetidos a avaliações. Em todo caso, ainda é cedo para verificar a real eficácia dessas avaliações na prática.

Os pontos críticos do ordenamento italiano: autogoverno, separação das carreiras, obrigatoriedade da ação penal

Como vimos, o ordenamento previsto pela Constituição de 1948 foi progressivamente concretizado a partir de 1959, fazendo, assim, com que a Magistratura italiana - judicante e requerente - alcançasse garantias de independência muito elevadas. Não há dúvidas de que essa situação permitiu à magistratura desenvolver um papel relevante no sistema constitucional e no próprio sistema político. Em outras palavras, ainda que algumas razões da expansão do poder judiciário na Itália sejam comuns às de outros países, é indubitavelmente certo que o elevado nível das garantias de independência desempenhou um papel importante no favorecimento da “judicialização da política” italiana.⁷⁰ Essa situação é acompanhada por uma insatisfação crescente com o funcionamento da justiça, sobretudo em razão da demora dos processos. Foi assim que se desenvolveu um debate sobre a necessidade de introduzir reformas não apenas no plano da lei ordinária - da forma como foram feitas, segundo vimos em parte - mas também reformas constitucionais.

69 Os Conselhos Judiciários, compostos por magistrados eleitos pelo corpo - em sua maioria - e por juristas “leigos”, designados pelas universidades e pela Ordem dos Advogados, estão presentes em todas as Cortes de Apelação e na Corte de Cassação. Entre as suas atribuições está a de avaliar, em uma primeira etapa, o desempenho dos magistrados que atuam nos órgãos judiciários subordinados à Corte de Apelação e, respectivamente, de Cassação.

70 A expressão foi retirada de TATE e VALLINDER (1995). Em GUARNIERI e PEDERZOLI (2002) encontra-se uma análise do caso italiano de um ponto de vista comparado.

Esta é, sem dúvida, a posição mais acentuada entre os políticos de centro-direita e que foi reforçada também por muitos casos judiciais que atraíram - e ainda atraem - o interesse do líder desse grupo, Silvio Berlusconi. Mas tampouco faltam no grupo oposto - o de centro-esquerda - aqueles que consideram desejáveis algumas intervenções.

Um primeiro ponto crítico - que diz respeito a toda a Magistratura - é o que podemos definir como círculo vicioso da avaliação. Hoje, mesmo depois da reforma de 2007, quem avalia é escolhido por quem deve ser avaliado. Isso acontece, de fato, graças a um processo eleitoral controlado por grupos estáveis - as “correntes” - que garantem a responsabilidade dos membros do Csm- os avaliadores - em relação aos próprios eleitores - os magistrados que devem ser avaliados. Ademais, o fato de não existirem limites para as avaliações positivas que o Csm pode emitir (ao menos no que diz respeito à progressão econômica) incita, inevitavelmente, à generosidade, já que é muito mais difícil fixar de modo incontroverso os patamares de suficiência no desempenho funcional e, provavelmente, de pouco servem os quadros de avaliação cada vez mais detalhados elaborados, especialmente, nos últimos tempos. Realmente, é provável que apenas os casos mais evidentes de deficiência profissional sejam penalizados.

As medidas sugeridas para remediar essa situação são muitas e, em parte, combináveis entre si.⁷¹ A mais radical é uma reforma constitucional que suprima ou reduza drasticamente a eletividade do Csm. Por exemplo, existe - especialmente na maioria de centro-direita - quem tenha sugerido aumentar o peso da nomeação política, fato que poderia incidir negativamente sobre a independência e a imparcialidade do juiz e também do Ministério Público. Outros sugeriram prever uma cota de conselheiros designada pelo Presidente da República⁷² ou uma composição mais profissional do Conselho, com a presença de membros designados diretamente pela classe dos advogados e pela universidade, a exemplo do modelo oferecido pela nova *Judicial Appointment Commission* inglesa, instituída em 2006 e composta por pessoas de particular prestígio (acadêmicos, homens de cultura, dirigentes de empresas ou de organizações de vários tipos...), além de representantes da Magistratura e das profissões jurídicas.

Uma solução menos radical - porque não requereria modificações constitucionais - é a de voltar a um Csm constituído por “graus”, como acontecia no passado, ou mesmo de confiar as avaliações para o acesso aos vários níveis da carreira a magistrados eleitos apenas por quem já foi aprovado nessas avaliações. Certamente, não resultaria redimensionado o aspecto interno da independência, mas eliminar-se-ia, assim, o círculo vicioso anteriormente esboçado. Uma solução similar, e, quiçá, menos

⁷¹ Para uma análise mais ampla do debate em curso, vide GUARNIERI (2009).

⁷² Vide VIOLANTE (2009), que apresenta uma proposta abrangente de reforma.

drástica, é a de atribuir as avaliações a comissões externas, ainda que nomeadas pelo Csm. Fez-se notar também que avaliações mais rigorosas seriam favorecidas pela limitação do número de juízos positivos possíveis. Desse modo, o Csm - ou o órgão encarregado da avaliação - seria obrigado a escolher. O resultado levaria, sem dúvida, a um crivo mais severo, ainda que, assim, pudesse aumentar o conflito interno entre as correntes para decidir quem promover.

Também se buscou, sobretudo, um aprimoramento do recrutamento e da formação inicial. Afirma-se, com efeito, que se fosse possível obter magistrados mais bem formados profissionalmente, a importância dos controles sucessivos seria reduzida e, ao fim, a independência interna seria mais bem salvaguardada. Tratar-se-ia de seguir, por exemplo, a via construída pelos países europeus das regiões germano-escandinavas - entre outros, aqueles nos quais a confiança na Magistratura é sistematicamente mais elevada - onde o acesso a pleno título a funções judiciárias acontece após um bom período de treinamento e de prova, que dura, na prática, entre 6 e 10 anos. A supramencionada reforma do ordenamento judiciário moveu-se, em todo caso, nessa direção, a partir do momento em que, para o concurso de acesso, exigiram-se requisitos além do simples diploma em Direito. A própria Escola da Magistratura - cuja instituição foi prevista pela reforma - deveria contribuir para o aprimoramento da formação inicial. Observou-se também que o desenvolvimento de formas de recrutamento lateral - ou seja, de juristas especialistas a serem introduzidos em posições intermediárias da hierarquia das Cortes - solucionaria muitos dos problemas aqui indicados. Antes de tudo, a introdução no corpo judiciário de juristas de experiência serviria para diminuir a distância - demasiado elevada hoje - entre eles e as outras profissões jurídicas. Neste caso, aliás, as avaliações dos candidatos poderiam ser mais confiáveis, já que levariam em consideração pessoas com um perfil profissional já maduro. Naturalmente, ao menos durante um período inicial, tratar-se-ia de um recrutamento de dimensões limitadas, pois seria preciso contar com estruturas de carreira das profissões jurídicas bem consolidadas e que, hoje, não prevêm - ao contrário do que acontece nos países do *common law* - a transição para funções judiciárias. Mas ele teria, desde já, uma função simbólica muito importante: a de testemunhar a ligação entre Magistratura e outras profissões jurídicas e a de alimentar um clima de maior confiança entre os principais atores do processo, um elemento de particular importância, porque, sem confiança, é muito difícil fazer as estruturas processuais funcionarem de modo satisfatório.

O tema da composição e das funções do Csm está estreitamente relacionado com o do desempenho do sistema judiciário. Um bom sistema judiciário precisa de magistrados profissionalmente capazes, selecionados segundo processos confiáveis. Fez-se observar que essa profissionalidade

não pode ser sempre de tipo exclusivamente jurídico, já que nenhuma organização pode funcionar de maneira aceitável se for dirigida por pessoas desprovidas de conhecimentos específicos sobre as modalidades de fazê-la funcionar de modo eficaz (FABRI, 2006). Hoje, a realidade é que as chefias dos órgãos judiciários, inclusive dos órgãos requerentes, são ocupadas por magistrados que, muitas vezes, não passam de bons autodidatas em matéria de conhecimentos organizatórios. É certo que não podem ser ignoradas as capacidades dos membros, mas uma organização moderna não pode confiar apenas na boa vontade dos indivíduos. Por isso, faz-se necessária uma integração cognoscitiva. O que, depois, venha a acontecer nos órgãos individualmente considerados - com a criação de uma nova diretoria ou a modernização da antiga - ou até mesmo no nível do Csm - com a presença de funcionários de formação não jurídica - como em muitos Conselhos Judiciários dos países do Norte da Europa - é de menor importância. O importante - ressalta-se - é que o problema seja solucionado.

Outro aspecto do atual ordenamento que continua a suscitar críticas é a forte ligação que ele apresenta entre Ministério Público e juízes, uma situação talvez única nas democracias constitucionais contemporâneas (v. tab. 1).⁷³ Afirma-se que o fato de juízes e Ministério Público elegerem juntos dois terços dos componentes do órgão de governo da Magistratura cria um desequilíbrio evidente com a classe dos advogados, que, ao menos como instituição, não é representada em absoluto. As consequências negativas que podem advir dessa situação são de particular relevância para o processo penal. Em primeiro lugar, a imparcialidade do juiz resulta seriamente prejudicada. Trata-se de um ponto importante considerando-se um contexto em que a legitimação do juiz depende cada vez menos do fato estar “subordinado unicamente à lei” e cada vez mais de sua capacidade de apresentar-se como terceiro imparcial, tendência esta bem exemplificada pela adoção de modelos processuais acusatórios, que se fundam em uma estrutura de caráter triádico, ou seja, caracterizada por um juiz equidistante das partes. Todavia, se dois dos protagonistas dessa estrutura estão entre seus “colegas”, a estrutura pode facilmente ser percebida como diádica. Assim, a conexão organizatória entre juízes e Ministérios Públicos favorece o surgimento de uma situação de contraposição com a classe dos advogados, enquanto uma maior colaboração entre todas as profissões jurídicas seria muito importante para o melhor funcionamento do sistema judiciário.

Diversas são as formas sugeridas para enfrentar esse problema, que, ademais, entrecruza-se com a questão discutida anteriormente de como evitar o círculo vicioso da avaliação. Uma saída apresentada por muitos grupos - de centro-esquerda, mas também de setores da classe dos advogados - é a criação de dois Csm, um para os juízes e outro para

73 Já que, na França, os magistrados do Ministério Público, mesmo formando um corpo único com os juízes, gozam de menor independência, por estarem subordinados às diretrizes do Ministro da Justiça.

os Ministérios Públicos, uma solução que requer, porém, uma reforma constitucional. Uma solução similar, mas menos radical, é a articulação do Csm em duas sessões. Se, depois, essas sessões limitassem-se a emitir pareceres unicamente consultivos, provavelmente bastaria uma lei ordinária, e o impacto da reforma far-se-ia sentir de qualquer modo, já que seria difícil para o pleno derrubar o parecer de uma sessão. Por outro lado, observou-se que o problema de uma melhor garantia da imparcialidade do juiz também poderia ser resolvido inserindo-se no Conselho representantes da classe dos advogados em posição de paridade com os representantes do Ministério Público. Em outras palavras, o equilíbrio seria restabelecido não pela separação ulterior, mas pela inclusão daqueles que, hoje, estão excluídos. Mas esta também é uma inovação que requereria uma alteração constitucional. Na mesma linha, uma medida mais limitada, mas não insignificante, seria a de manter o atual ordenamento, evitando, contudo, que os membros do Ministério Público possam avaliar juízes. Ou seja, evitar que uma parte possa, ainda que indiretamente, influenciar aquele que é chamado a exercer a jurisdição.

Uma separação clara das carreiras de juiz e de Ministério Público foi criticada por aqueles que se preocupam com possível comprometimento de uma “cultura da jurisdição” entre os membros do Ministério Público.⁷⁴ Contestou-se, todavia, que o problema não são apenas as eventuais passagens entre funções judicantes e requerentes - favorável, em certos aspectos, se facilitarem uma maior compreensão recíproca entre protagonistas do processo - mas a estrutura comum de governo. Em todo caso, seria oportuno construir percursos de carreira que incitem os membros do Ministério Público a ver na Magistratura judicante uma promoção: seria esta a verdadeira maneira de nele difundir a “cultura da jurisdição”. Sem falar no fato de que seria importante que os advogados também pudessem participar dessa cultura.

Sempre no que diz respeito ao Ministério Público, um aspecto objeto de crescentes destaques foi o princípio da obrigatoriedade da ação penal (DI FREDERICO, 2008b). Como vimos, a posição do Ministério Público na Assembleia Constituinte gerou polêmica. Inversamente, houve concordância substancial sobre a necessidade de inserir o princípio da obrigatoriedade na Constituição. Na realidade, a desconfiança mútua entre os principais partidos incitava a fortalecer as garantias: naquele contexto, a obrigatoriedade era vista como uma garantia de exercício imparcial das funções de acusação, enquanto barreira em relação a possíveis interferências políticas, um fenômeno muitas vezes denunciado no período liberal e, obviamente, ainda mais no período fascista. Posteriormente, o princípio da obrigatoriedade foi o principal instrumento pelo qual se afirmou um processo de “juridicização”

74 Para uma análise do debate, vide GUARNIERI (2006).

do Ministério Público, ou seja, uma definição de seu papel em termos similares ao do juiz. É assim que se desenvolve a chamada “personalização das funções requerentes”, que tem como consequência o desmantelamento de todas as formas de controle sobre a atuação do Ministério Público para além daqueles de tipo puramente processual, exercidos pelos juizes das investigações preliminares e pelo juiz da audiência. A reforma de 1989, ao abolir o juiz instrutor e confiar as investigações preliminares ao Ministério Público, ampliou os poderes deste último, poderes estes que já se tinham ampliado em consequência do importante papel desempenhado pela Magistratura na luta contra o terrorismo e a criminalidade organizada. As próprias investigações sobre a corrupção político-administrativa dos anos 90 - que ficou conhecida como “Mãos limpas” - confirmaram essa situação, evidenciando também como a intervenção dos meios de comunicação de massa aumentaram, ulteriormente, o impacto político das investigações judiciárias.

A Magistratura reconheceu, algumas vezes, a presença de espaços de discricionariedade na gestão da ação penal, explicando-a, porém, pela carga de trabalho excessiva e pela limitação dos recursos disponíveis. Não obstante, não faltaram chefes de órgãos que, na tentativa de pôr ordem nessa situação, promulgaram diretrizes sobre a modalidade de despacho dos casos, fato que encontrou uma confirmação parcial inclusive no nível legislativo (NICOLÍ, 2008).

Assim, foi emergindo cada vez mais a consciência da presença de amplos espaços de discricionariedade no exercício da ação penal. Segundo alguns (DI FREDERICO E SAPIGNOLI, 2002), essa discricionariedade não se limita à decisão de exercer ou não a ação penal, mas diz respeito também - e de modo muito mais penetrante - às próprias modalidades de exercício da ação penal e, sobretudo, das atividades de investigação. Por outro lado, o reconhecimento da presença de espaços significativos de discricionariedade é, muitas vezes, minimizado ou até mesmo negado pelo temor das consequências que poderiam derivar desse reconhecimento: em particular, teme-se uma redução do *status* de independência do Ministério Público e uma sobreposição mais ou menos direta dele em relação ao Poder Executivo. Em um contexto ainda caracterizado por um baixo nível de confiança nas forças políticas, muitos consideram essa perspectiva pouco favorável.

Para concluir, acrescente-se que o atual governo Berlusconi, que assumiu após ter ganhado as eleições de 2008, declarou, por várias vezes, a intenção de reformar o ordenamento do Ministério Público (e, em geral, de todo o sistema judiciário). Os setores de intervenção são, essencialmente, dois: o processual e o do ordenamento. No nível processual, o governo -

após haver tentado, com pouco êxito, introduzir formas de imunidade para o Presidente do Conselho⁷⁵ - parece ter a intenção de reduzir, em geral, os poderes do Ministério Público, limitando, por exemplo, a possibilidade de ordenar interceptações ou reduzindo os poderes sobre a polícia judiciária. No nível do ordenamento, o governo pareceria orientado a mover-se em direção a uma separação radical entre os magistrados do Ministério Público e os magistrados judicantes, inclusive, eventualmente, modificando a Constituição para instituir dois Csm separados. Ressalte-se, porém, que, até agora (novembro de 2010), nenhuma dessas medidas concretizou-se e que o próprio governo parece estar ameaçado em sua sobrevivência.⁷⁶ Por isso, inovações radicais são pouco prováveis, ao menos em curto prazo.

Referências

BIAVATI, P. (org.). *La giustizia civile e penale in Italia*. Bolonha: Il Mulino, 2008.

DI FREDERICO, G. (org.). *Ordinamento giudiziario. Uffici giudiziari, Csm e governo della magistratura*. Pádua: CEDAM, 2008a.

_____. Prosecutorial Accountability, Independence and Effectiveness in Italy. In: *Open Society Institute, Promoting Prosecutorial Accountability, Independence and Effectiveness*, Sofia: OSI, 2008b, pp. 301-342. 301-342.

_____ e SAPIGNOLI, M. *Processo penale e diritti della difesa*. Roma: Carocci, 2002.

FABRI, M. *Amministrare la giustizia*. Bolonha: Clueb, 2006.

GUARNIERI, C. Divisione del potere, giusto processo e separazione delle carriere. In: GUARNIERI, C. e ZANNOTTI, F. (org.). *Giusto processo?* Pádua: CEDAM, 2006, pp. 85-112. 85-112.

_____. La riforma della giustizia: quale ruolo per il Csm? In: *Percorsi costituzionali*, II, nº 2, 2009, pp. 61-68. 61-68

_____ e PEDERZOLI, P. *La magistratura nelle democrazie contemporanee*. Bari: Laterza, 2002.

MERRYMAN, J. H. e PÉREZ-PERDOMO, R. *The Civil Law Tradition*. Stanford: Stanford University Press, 3ª ed., 2007.

NEPPI MODONA, G. La magistratura e il fascismo. In: QUAZZA, G. (org.). *Fascismo e società italiana*. Torino: Einaudi, 1973, pp. 125-181. 125-181.

NICOLÌ, A. Gli uffici requirenti. In: DI FREDERICO, G. *Ordinamento giudiziario. Uffici giudiziari, Csm e governo della magistratura*. Pádua: CEDAM, 2008, pp. 95-131. 95-131.

TATE, C. N. e VALLINDER, T. (org.). *The Global Expansion of Judicial Power*. Nova Iorque: New York University Press, 1995.

VIOLANTE, L. *Magistrati*. Torino: Einaudi, 2009.

75 Trata-se dos assim chamados “lodi” [N. T.: assim são conhecidas, na linguagem da imprensa cotidiana, as medidas legislativas que não integram o Código de Processo Civil], promulgadas em 2003 e em 2008, ambas, porém, declaradas, mais tarde, inconstitucionais pela Corte de Cassação.

76 Refiro-me, aqui, à séria dissidência surgida entre os dois principais protagonistas da maioria de centro-direita - Berlusconi e Fini - fato que poderia levar, em breve, a uma crise de governo e, talvez, a eleições antecipadas.

Tab. 1. O Ministério Público nos regimes democráticos

	Inglaterra	EUA	Alemanha	França	Itália
Estrutura	unitária	federal	federal	unitária	unitária
Recrutamento	separado	separado	concurso público separado	concurso público com os juízes	concurso público em conjunto com os juízes
Formação	profissional	profissional	comum a todas as profissões jurídicas	em conjunto com os juízes	em conjunto com os juízes
Corpo único com os juízes	não	não	não	sim	sim
Responsabilidade política*	sim	sim	sim	sim	não
Ação penal	discricionarieidade + ação privada	discricionarieidade	obrigatoriedade + discricionarieidade	discricionarieidade	obrigatoriedade (na Const.)
Juízes instrutores	não	não	não	sim	não

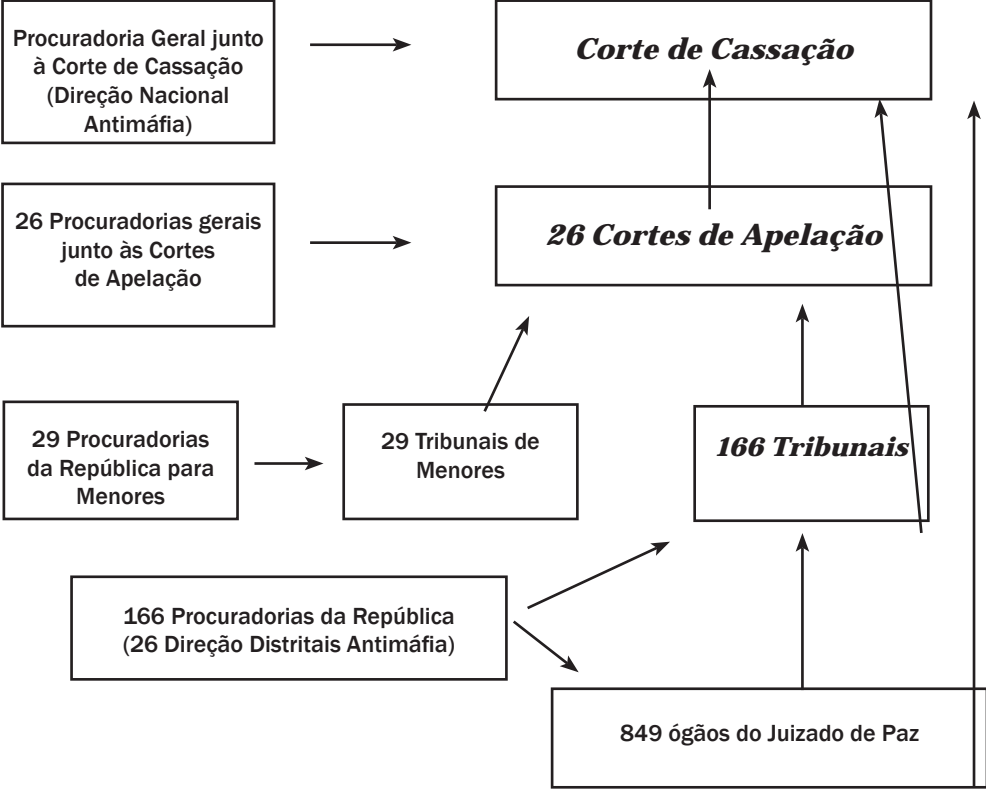
*: Possibilidade que têm os titulares de funções políticas (e.g.: o Ministro da Justiça ou *Attorney General*) de impor diretrizes de caráter geral aos órgãos do Ministério Público.

Tab. 2. Eleições dos componentes togados (magistrados e membros do Ministério Público) do Csm (1976-2010): votos, percentuais e assentos⁷⁷

Esquerda		<===>			Direita	
ano	Magistratura democrática	Movimento pela Justiça	Unidade pela Constituição	Magistratura Independente	Outros	V o t o s válidos
1976	755 13% 2		2526 42% 9	2156 36% 8	506 9% 1	5943
1981	803 14% 3		2557 43% 9	2263 38% 8	297 5%	5990
1986	1107 19% 3		2517 41% 9	2078 34% 7	402 6% 1	6159
1990	1337 22% 4	714 12% 3	2236 36% 8	1828 30% 5		6115
1994	1620 24% 5	1133 16% 4	2854 42% 8	1230 18% 3		6837
1998	1737 25% 5	1105 16% 3	2502 37% 8	1513 22% 4		6857
2002	2038 28% 5	1363 19% 3	2598 36% 6	961 13% 2	282 4%	7242
2006	1446 22% 4	1111 17% 3	2680 40% 6	1170 17% 3	270 4%	6677
2010	1565 22% 3	549 8% 3	2369 34% 6	1588 22% 3	1000 14% 1	7071

⁷⁷ De 2002 em diante, os votos e os percentuais são indicativos, uma vez que se referem apenas ao colégio dos juízes de mérito. Trata-se do total dos assentos globais.

Fig. 1. O sistema judiciário italiano (adaptado de DI FREDERICO, 2008, p. 2).



Mauricio Duce
Professor titular da Faculdade de Direito da Universidade Diego Portales do Chile

A criação do Ministério Público certamente foi uma das mais importantes transformações decorrentes da reforma processual penal no Chile, instituição que havia sido extinta do ordenamento jurídico chileno em 1927. O objetivo deste artigo é apresentar os aspectos estruturais e princípios que orientam o Ministério Público no Chile. Além disso, pretende-se apresentar dados sobre a configuração e o funcionamento prático da instituição no Chile. Finalmente, pretende-se propor alguns desafios para o futuro do Ministério Público no Chile.

Palavras-chave: Ministério Público – Chile – organização – princípios - estatísticas

Uma das transformações institucionais de maior magnitude geradas a partir da implementação da reforma processual penal no Chile foi a criação do Ministério Público. Ao contrário de outros países da região, nos quais o Ministério Público existiu praticamente desde o período da configuração dos respectivos sistemas de justiça penal no século XIX, o Chile não contava com essa instituição desde 1927.⁸⁰ Por esse motivo, apenas recentemente essa instituição se tornou objeto de debate acadêmico.

O objetivo deste trabalho é apresentar os elementos centrais que estruturam o Ministério Público no Chile com base nas normas constitucionais e na lei orgânica que o regulamenta.⁸¹ Inicialmente, procede-se a uma breve exposição sobre a situação do Ministério Público na região antes das mudanças

78 Este trabalho foi realizado com base no capítulo XVI do livro: (DUCE e RIEGO, 2007, p. 533-573). Trata-se de um texto atualizado, que foi incrementado com novas seções.

79 Artigo traduzido por Margarita Furlong. Revisão e adaptação: Bruno Amaral Machado.

80 No Chile os promotores de justiça de primeira instância foram suprimidos em 1927, por serem considerados, segundo o próprio texto do Decreto 426 de 1927, funcionários não “indispensáveis”. Isso esteve diretamente relacionado ao papel nulo cumprido pelos promotores num sistema de forte corte inquisitivo (RAMÓN, 1989, p. 315-336).

81 Trata-se da Lei Orgânica Constitucional 19.640, publicada no *Diário Oficial* de 15 de outubro de 1999.

ocorridas nos últimos anos. Paralelamente à revisão dos aspectos normativos, incluem-se diversos dados sobre a configuração e o funcionamento prático da instituição no Chile. Na conclusão, pretende-se propor alguns desafios para o futuro do Ministério Público no Chile.

Antes de dar início ao desenvolvimento do conteúdo, é conveniente precisar que este trabalho analisa o Ministério Público desde o ponto de vista institucional, ou seja, enfocando o estudo nos aspectos centrais de seu projeto institucional. Pelo mesmo motivo, passa-se a segundo plano a análise do Ministério Público desde o ponto de vista processual ou de suas funções e obrigações.⁸²

Breves notas sobre a origem do Ministério Público e sua situação na América Latina antes do processo de reforma

Apesar de existir forte evidência sobre a existência de diversos funcionários que cumpriam funções que podem ser associadas às dos promotores de justiça desde a época do Império Romano na Europa Continental, o Ministério Público – em termos da função que cumpre no processo penal moderno – é uma criação recente. Costuma-se destacar que para os países de tradição processual continental a origem desta instituição encontra-se no sistema legal francês do início do século XIX.

O Ministério Público tem sido chamado de “filho da revolução”, quando se deseja enfatizar que sua participação no processo penal é uma consequência da reconfiguração da justiça penal ocorrida em Europa continental após a Revolução Francesa (MAIER, 1993, p. 29). Com efeito, as reformas processuais experimentadas por uma parte importante dos países europeu-continentais durante o século XIX não apenas introduziram o juízo público e a participação leiga na administração da justiça, mas também fez do Ministério Público ator indispensável no procedimento penal, já que permitiu a separação das funções judiciais e persecutórias.

Roxin aponta três objetivos principais atrelados à formulação moderna do Ministério Público no século XIX na Europa: a) abolir o processo inquisitivo antigo; b) proteger a lei; e, c) controlar a polícia (ROXIN, 1993, p. 40-42). Por outro lado, as funções processuais centrais originalmente confiadas a essa instituição eram a de controle da legalidade do processo penal e a de exercício da ação penal em representação do interesse público.

Concluindo, a estrutura e as funções atribuídas ao Ministério Público expressam que essa instituição também é um produto do compromisso que significou a reforma do século XIX, traduzido na criação do sistema

⁸² Para aqueles que queiram ter uma visão das funções processuais do Ministério Público no sistema chileno, recomenda-se: Duce e Riego (2007); Horvitz e López (2002); Maturana e Montero (2010).

inquisitivo reformado. Assim, os promotores não são compreendidos como partes do processo penal, mas, ao contrário, como funcionários de caráter quase-judiciário, objetivos e, inclusive, imparciais. O Ministério Público está configurado como instituição com grande afinidade com o sistema judiciário, tendo, inclusive, se afirmado que os promotores nascem da “costela dos juízes” (WEIGEND, 1983).

Essa particular configuração do Ministério Público o transforma em um organismo *sui generis*, que está no meio do caminho entre uma instituição com identidade própria e uma instituição agregada aos Tribunais. Este é o motivo que a leva a ser descrita como uma instituição ambígua, híbrida, ou, inclusive, como um “adolescente” (MAIER, 1993, p. 29). Com isso, tenta-se enfatizar que seu projeto apresenta severas contradições internas, as quais constituíram um obstáculo relevante para seu desenvolvimento como ator importante no sistema de justiça penal europeu-continental.

Assim, as funções atribuídas ao Ministério Público na etapa de investigação do sistema inquisitivo reformado eram muito secundárias. Nestes modelos processuais, os promotores de justiça cumpriam funções de caráter burocrático, vinculadas ao controle de legalidade no processo, e não à investigação ativa, tarefa que normativamente era entregue aos juízes de instrução e que, na prática, era realizada pela polícia. Ou seja, nesta etapa do processo os promotores tinham um papel reativo. Os juízes de instrução, de outro lado, têm um papel proativo, que lhes permite se tornarem protagonistas principais do processo penal. Na melhor das hipóteses, o papel dos promotores de justiça se manifestava na colaboração menor na investigação judicial, mediante a apresentação de alguns antecedentes e o requerimento de diligências investigativas, que o juiz de instrução, a seu critério, podia decretar ou negar.

Teoricamente, a principal função dos promotores de justiça ocorria durante o juízo, intervenção que neste modelo era considerada um aspecto essencial para transformar o sistema inquisitivo mais ortodoxo, já que os juízos supõem a presença e a confrontação das partes. Era esperado que os promotores adquirissem protagonismo, na medida em que estavam representando a sociedade. Contudo, o fato histórico de a etapa de instrução ter sido incorporada ao juízo – constituindo-se na etapa central do processo –, e de que na prática do sistema inquisitivo reformado os juízes terem assumido papel de protagonista na produção da prova em juízo relegou também o Ministério Público a um papel secundário nesta etapa⁸³.

83 Não apenas pela prática, mas também no nível normativo, o sistema inquisitivo reformado reconheceu o papel preponderante dos juízes na produção de prova no juízo oral. Um exemplo disso é a faculdade de interrogar testemunhas entregues aos juízes de juízo oral em vários países europeus. Assim, por exemplo, no sistema alemão vigente até hoje quem tem a faculdade para interrogar uma testemunha em primeiro lugar é o juiz, e não as partes. Isso faz com que a análise posterior das partes esteja subordinada à atividade realizada pelos juízes.

Tudo isso levou à situação em que no funcionamento concreto do sistema inquisitivo reformado o Ministério Público não tivesse a oportunidade real de tornar-se um ator relevante.

A situação na América Latina antes dos atuais esforços pela reforma do sistema de justiça penal encontrava-se agravada em relação à situação europeia pelo fato de os países da região manterem um modelo processual de componentes mais inquisitivos que seus pares do continente europeu. Pelo mesmo motivo, o papel que cumpre o Ministério Público neste modelo, em geral, é absolutamente irrelevante. Tudo isso explica algumas das caracterizações da instituição na região, como o fato de o Ministério Público ser “a quinta roda do carro”, um “convidado de pedra” ou que seus promotores são soldados “sem armas e sem comandantes” (BINDER, 1994, p. 67-88).

Em razão disso, alguns países da região eliminaram o Ministério Público de seu sistema processual penal. No Chile, os promotores de justiça de primeira instância foram suprimidos em 1927, porque se considerou, segundo o próprio texto do Decreto 426, de 1927, que não eram funcionários “indispensáveis”. Na lógica do funcionamento do sistema, essa decisão foi bastante racional, já que permitiu ao Estado economizar recursos econômicos e trâmites supérfluos.

A eliminação do Ministério Público do sistema processual penal, entretantes, não constituiu a regra geral da região. Pelo contrário, a maioria dos países manteve esta instituição, embora com um perfil muito tímido. Desse modo, pode-se afirmar que a existência do Ministério Público antes do processo de reforma não passou de uma abstração legal em grande parte dos países da região. Um caso extremo dessa existência simplesmente formal foi o Ministério Público da Guatemala antes da reforma de 1992. Em fevereiro de 1991, o Ministério Público tinha apenas 24 membros em todo o país, com uma população que superava os 9 milhões de habitantes. Observadores da época reportaram que, “quando os promotores compareciam aos tribunais, em algumas ocasiões, os juízes perguntavam quem eles eram e o que estavam fazendo lá” (HAMMERGREN, 1998, p. 84). Opiniões similares sobre o funcionamento do Ministério Público antes da reforma também podem ser encontradas em outros países da região.

Esse tímido perfil e a irrelevância das funções desempenhadas pelo Ministério Público na região também impactaram os aspectos organizacionais da instituição, a qual se caracterizava por ter uma estrutura muito fraca. Em relação a isso, Linn Hammergren afirma que “inclusive onde o Ministério Público existe, sua organização tem sido fraca. Quaisquer que seja a lógica que subjaz sua estrutura, ela tem sido coerente com o

sistema inquisitivo. Quando não se espera que os promotores façam muito, não há necessidade de uma organização que apoie ou controle seu trabalho. O orçamento, os funcionários e os sistemas de planejamento têm sido quase inexistentes. De igual forma, os mecanismos para a atribuição de casos não foram desenvolvidos [...] a pobreza organizacional tem sido a regra geral e até mais extrema que no caso dos tribunais” (HAMMERGREN, 1998, p. 36).

Por esses motivos, somados a outros que não cabe desenvolver aqui, é que Alberto Binder, ao descrever o Ministério Público na região antes do processo de reforma, aponta que se trata de uma “instituição raquítica, a respeito da qual se sabe pouco, que não tem sido estudada, sem perfil político próprio, sem uma história importante e que gera desconfiança nos cidadãos” (BINDER, 1994, p. 69).

Enquanto na América Latina se manteve a estrutura de um modelo de ajuizamento inquisitivo bastante ortodoxo ao longo do século XX – que levou o Ministério Público à situação de irrelevância já descrita –, na Europa se inicia um intenso processo de transformação do modelo inquisitivo reformado. Esse novo processo reformista levou à reconfiguração do processo penal nesse continente ou a uma nova revolução processual. Na maioria dos países, o modelo inquisitivo reformado vigente na Europa anterior a esse processo foi progressivamente substituído por um modelo mais próximo do modelo acusatório anglo-americano. Assim, por exemplo, a Alemanha realizou uma reforma importante em sua estrutura processual em 1973. Outros países, como Itália e Portugal, sancionaram novos códigos processuais penais no fim de 1980. Depois da queda do muro de Berlim, os países do leste de Europa também se somam a esse processo.

Para os efeitos que interessam a este trabalho, o avanço para sistemas de tipo acusatório impacta de maneira profunda as funções que os promotores cumprem no processo penal. Tal mudança supõe uma maior centralidade da instituição, na medida em que se lhe incrementam novas faculdades às tradicionais. Como resultado da reforma, foi adjudicada àqueles promotores que não a tinham a responsabilidade de levar adiante a investigação preparatória dos delitos e de dirigir a polícia no processo das investigações. Além disso, na maioria dos casos, eles receberam algumas faculdades decisórias a respeito do exercício ou abandono da ação penal pública.

A lógica do novo sistema opera com base na ideia de que uma instituição forte estará encarregada de conduzir a investigação, de propor ações penais contra os acusados e de representar a sociedade nos juízos orais. Sem um Ministério Público poderoso, capacitado para cumprir essas obrigações, é impossível conceber o novo sistema funcionando adequadamente, já que a função do acusador não estaria adequadamente personificada. Além disso, o

novo modelo exige que o Ministério Público imprima o ritmo de trabalho ao sistema como um todo, para que ele funcione perfeitamente.

Existem duas áreas que, de maneira exemplar, demonstram quão crucial é o Ministério Público para o novo sistema. Em primeiro lugar, é uma instituição chave para extinguir as formalidades da etapa de investigação criminal, o que demonstrou ser um dos aspectos mais deficitários do modelo inquisitivo vigente antes da reforma na maioria dos países da região (RIEGO, 2005). Caracterizava este modelo o fato de constituir uma etapa de investigação burocrática, ritualista e com muitas formalidades. O novo sistema requer em compensação que o Ministério Público seja capaz de dinamizar o processo de investigação criminal, dotando-o de mais flexibilidade, desenvolvendo o trabalho em equipes multidisciplinares e coordenando com mais eficiência o trabalho policial; enfim, constituindo-se em uma ponte de comunicação entre o mundo da atividade policial e o trabalho judiciário dinâmico. Em segundo lugar, a atuação do Ministério Público é fundamental para a construção de uma política de controle da carga do trabalho que não possibilite apenas à instituição funcionar com base e parâmetros de eficiência e qualidade ótimos, mas também ao sistema de justiça penal como um todo. O Ministério Público, no marco das novas normas, é a instituição que dispõe das ferramentas idôneas para estabelecer uma política deste tipo e superar, assim, um dos males endêmicos da justiça criminal na América Latina: a sobrecarga de trabalho de seus distintos operadores. É por isso que, na maioria dos processos de reforma foram entregues importantes faculdades discricionárias aos promotores para o não exercício da ação penal, inspiradas no princípio da oportunidade, assim como a aplicação de mecanismos de simplificação processual.

No contexto deste novo modelo processual acusatório e dessas funções e responsabilidades do Ministério Público é que deve ser analisada a configuração da instituição no Chile e na América Latina.

Regulação do Ministério Público no Chile

Levando em conta as considerações até aqui formuladas, analisam-se a seguir os elementos que conformam a regulação do Ministério Público no Chile. O Ministério Público encontra-se disciplinado no capítulo VII da Constituição Política da República, introduzido pela Lei 19.519, publicada no Diário Oficial de 16 de setembro (modificado pela Lei 20.050, publicada no Diário Oficial de 26 de agosto de 2005), na Lei Orgânica Constitucional do Ministério Público (daqui por diante LOCMP) e na Lei 19.640, publicada no Diário Oficial de 15 de outubro de 1999. Essas normas devem ser complementadas com as disposições do Código Processual Penal relacionadas

às atuações e faculdades processuais do Ministério Público. Neste capítulo, a apresentação detém-se apenas nos dois primeiros textos.

Deve-se apontar que a forma definitiva que a LOCMP possui difere da maneira importante do projeto originalmente apresentado pelo Executivo para a tramitação legislativa. Isso não obedece apenas às mudanças necessárias surgidas do debate político e da configuração básica determinada na reforma constitucional de 1997, mas também à tendência do Parlamento de regulamentar, em detalhe, um conjunto de aspectos que originalmente não estavam incluídos, como o estatuto dos membros da instituição. Isso faz com que a LOCMP seja relativamente extensa e, em muitas partes, bastante impositiva, perdendo, assim, flexibilidade na regulação de vários temas. Diante desse esquema, reitera-se que neste trabalho apenas serão apresentados aspectos estruturais para uma primeira aproximação à instituição, sem a intenção de realizar uma análise exaustiva de todos os seus componentes.

Definição básica da Instituição

Entende-se que o art. 83 da Constituição e o art. 1º da LOCMP estabelecem a definição básica da instituição ao determinar que o Ministério Público é um organismo autônomo e hierarquizado, indicando, depois, suas funções principais. A seguir, trata-se do caráter hierárquico e de sua localização institucional como organismo autônomo.

Primeiramente, assumir que o Ministério Público é uma instituição hierárquica significa dizer que ela está estruturada sobre a base de uma organização de caráter piramidal amparada no princípio da obediência hierárquica dos funcionários inferiores com relação a seus superiores. Todavia, esse princípio não é absoluto. A LOCMP se encarrega de estabelecer, em seus arts. 35 e 44, um sistema de submissão dos promotores de justiça regionais às instruções do promotor de justiça nacional quando elas incidem sobre as faculdades dos primeiros no exercício da ação penal ou a direção da investigação e dos promotores de justiça adjuntos às instruções dos promotores regionais quando elas forem manifestamente arbitrárias ou atentam contra a lei ou a ética profissional.

Por outro lado, o art. 2º, inciso II, da LOCMP determina que os membros do Ministério Público dirijam a investigação e exerçam a ação penal pública com o grau de independência e autonomia estabelecido pela lei. Mais do que estabelecer um estatuto de autonomia para os promotores de justiça no interior da instituição no exercício de suas funções, esta norma indica que ela pode ser limitada, como acontece no caso dos promotores adjuntos em relação aos promotores regionais, como será visto adiante.

Em segundo lugar, a localização institucional do Ministério Público

como um organismo de caráter autônomo foi o tema que constituiu um dos aspectos mais discutidos no período de implantação da instituição e também é um dos assuntos centrais do debate acadêmico na região.

A localização institucional do Ministério Público como um órgão autônomo ou extrapoder aparece como solução diante dos problemas ou dúvidas que se apresentaram a respeito das alternativas. Basicamente, a de situar o Ministério Público como um organismo dependente do Poder Judiciário ou do Executivo. Com a autonomia ou independência do Ministério Público no Chile, tentou-se evitar os perigos da judicialização e da politização da instituição⁸⁴.

No âmbito regional, há dois modelos de autonomia do Ministério Público. O primeiro modelo é aquele que o posiciona como um órgão independente dos poderes do Estado; ou seja, um órgão localizado fora dos poderes tradicionais do Estado, opção seguida pela maioria dos países da região, entre eles Argentina, Bolívia, El Salvador, Guatemala, Honduras, Peru, Venezuela e Chile. O segundo modelo regulamenta a instituição como um organismo inserido no Poder Judiciário, mas com um estatuto de autonomia funcional (basicamente, controle orçamentário e potestade regulamentar autônoma), como no caso da Colômbia, Paraguai e a proposta original apresentada pelo Executivo do Chile (DUCE, 2001, p. 29-57). Neste contexto, a opção adotada pela maioria dos países da região está fundamentada na ideia de que a autonomia asseguraria ao Ministério Público o espaço institucional necessário para cumprir suas funções e objetivos de acordo com o novo sistema processual penal.

Um dos problemas detectados no Chile – além do debate sobre a conveniência de estabelecer o Ministério Público como um organismo independente ou autônomo – e no nível regional prende-se ao fato de não ter ocorrido uma discussão sobre o alcance e as consequências deste modelo.

Em primeiro lugar, parece não existir muita clareza sobre o que significa a autonomia ou qual é o nível de autonomia ou de independência desejado. De fato, se se analisa a intervenção do Poder Judiciário nos mecanismos para a nomeação do promotor nacional e dos promotores regionais – e a isso se soma o poder da Suprema Corte na remoção deles –, pode-se legitimamente inquirir sobre os alcances da autonomia do Ministério Público no Chile em relação ao Poder Judiciário e sobre a sua declaração normativa. Em segundo lugar, tampouco se tem refletido sobre quais são os objetivos a serem alcançados com essa autonomia, que elementos adicionais a sua declaração legal requer para sua efetividade e, ainda, se esses objetivos desejados

84 O perigo de judicialização importava à absorção do Ministério Público por parte do sistema judiciário ou, pelo menos, sua excessiva identificação com ele. A politização significava, por sua parte, o risco de o Ministério Público transformar-se em um instrumento da classe política para a perseguição dos inimigos políticos e para assegurar a impunidade da corrupção política e administrativa.

são suficientemente valiosos para justificar essa localização institucional. Finalmente, sequer foram discutidas as consequências e desvantagens que um modelo de Ministério Público autônomo pode acarretar. Entre as consequências, cita-se a implantação de um sistema de controle compatível com o estatuto de autonomia; entre as desvantagens, o possível isolamento institucional do Ministério Público que este modelo pode gerar⁸⁵.

Funções

As principais funções do Ministério Público estão apontadas no art. 83 da Constituição e no art. 1º da LOCMP, que determinam que ao Ministério Público compete a direção exclusiva da investigação em matéria penal, o exercício da ação penal pública na forma prevista pela lei e a proteção das vítimas e testemunhas.

Como consequência da primeira função, o tipo de instrução criminal baseia-se em um modelo de investigação preliminar a cargo do Ministério Público, descartando-se, assim, a opção por um modelo de juiz instrutor⁸⁶.

A direção exclusiva da investigação não implica que o Ministério Público tem de transformar-se em um agente que realize diretamente as atividades de investigação. Estas são entregues à polícia, que cumpre a função de auxiliar do Ministério Público, cabendo-lhe obedecer funcionalmente a ele para os efeitos da investigação criminal. A função de presidir a investigação implica, pelo contrário, que a responsabilidade pela sua realização está a cargo do Ministério Público, que deverá participar da elaboração das estratégias de investigação com a polícia e, depois, traduzir os resultados dessa atividade em um caso sustentável no juízo oral.

Também, a Constituição e a LOCMP indicam que o Ministério Público – no cumprimento desta função – deve agir com base em um critério objetivo. Ou seja, deve investigar não apenas os fatos constitutivos do delito e que permitem confirmar a participação punível do imputado, mas também aqueles que confirmam a inocência dele.

85 Com efeito, diante de tentativas de intervenção, a reação de muitos Ministérios Públicos da região foi a de se isolar do resto dos poderes do Estado. Em geral, esse isolamento também abarcou o conjunto da comunidade. O aspecto mais problemático dessa reação é que foi confundida a intervenção ilegítima de outros poderes do Estado na fixação de políticas e gestão do trabalho do Ministério Público, que se tenta evitar, com a necessária coordenação que o trabalho da instituição supõe com esses poderes para o cumprimento de suas funções, que é indispensável para o bom funcionamento de todo o sistema. Infelizmente, uma versão da autonomia institucional se esgrimiu em vários países como forma de evitar a necessária coordenação do trabalho de promotores com outras agências estatais e com outros poderes do Estado, incluído o Executivo. Assim, gerou-se uma visão deturpada sobre a independência, segundo a qual o Ministério Público não pode construir vínculos de trabalho e coordenação com outras agências ou poderes estatais. Isso levou ao isolamento do Ministério Público, o que dificultou sua inserção no sistema institucional (DUCE e RIEGO, 2006, p. 37 e ss).

86 Esse modelo foi apresentado por alguns setores da comunidade processualista nacional no início do debate legislativo do projeto de novo Código Processual Penal.

A segunda função do Ministério Público prende-se ao exercício da ação penal pública na forma prevista pela lei. Com relação a essa função, existem duas premissas. Em primeiro lugar, o Ministério Público, em princípio, é o único organismo estatal titular do exercício da ação penal –, ou seja, *prima facie*, é o órgão estatal que detém o monopólio do exercício absoluto da ação penal pública. Isso, no entanto, não representa um monopólio absoluto para essa instituição, já que existem diversas normas no novo sistema que relativizam essa opção. Assim, o Código Processual Penal permite a intervenção do querelante nos delitos de ação pública, na qualidade de querelante adesivo ou particular (art. 261 do CPP). Também se considera um mecanismo de indução da acusação e de privatização da ação quando o promotor de justiça tenta obstaculizar um caso (art. 258 do CPP). Finalmente, se admitem os acordos reparatórios entre imputado e vítima, com o intuito de extinguir a ação penal pública, mesmo contra a vontade do Ministério Público (art. 241 do CPP). Este monopólio tampouco significa que a defesa não possa exercer atividades de investigação autônomas, já que o monopólio se refere basicamente aos organismos de persecução penal.

Em segundo lugar, a regulação normativa desta função deixa aberta a porta ao legislador para o estabelecimento de faculdades discricionais no exercício da ação penal pública. Isso porque reconhece que é a lei que determina a forma de exercer a ação pública. Assim, o Código Processual Penal, ainda que estabeleça como regra geral o princípio de legalidade processual, considera diversas opções de oportunidade, como a suspensão condicional do procedimento (art. 237 do CPP), o arquivo temporário do caso (art. 167 do CPP) e a oportunidade no sentido estrito (art. 170 do CPP).

A terceira função do Ministério Público é dar proteção às vítimas e às testemunhas. Duas considerações devem ser feitas a respeito desta função. De um lado, isso demonstra a tendência crescente de colocar a vítima e seus interesses como um dos objetivos centrais do sistema de justiça penal. Uma das manifestações dessa tendência é, precisamente, a obrigação dos órgãos estaduais encarregados da persecução penal de dar proteção às vítimas mediante a adoção de medidas que evitem ao máximo que sua participação em um processo penal possa prejudicá-las, qualquer que seja o tipo deles (outras manifestações são: introdução da reparação da vítima como objetivo do processo, obrigação de informar a vítima sobre seu direito de participar no processo, etc.). De outro lado, essa função está ligada à aspiração de lograr maiores níveis de eficiência no sistema, o que gera a necessidade de estabelecer mecanismos que assegurem que as vítimas e as testemunhas compareçam nos juízos. Se as vítimas e as testemunhas não comparecerem no juízo porque consideram que isso signifique um risco para elas, a eficiência do sistema tenderá a diminuir notavelmente. Para isso, é indispensável que o órgão encarregado da persecução penal

disponha de ferramentas que lhe permitam adotar medidas destinadas para esses objetivos. Trata-se, em todo caso, de uma função que tem sido extremamente problemática no funcionamento do sistema, a qual será tratada novamente no fim deste trabalho.

Princípios

Tanto a Constituição quanto a LOCMP estabelecem um conjunto de princípios que orientam a estrutura e as funções que o Ministério Público deve desempenhar. Alguns deles encontram-se explicitados nas diferentes normas que regulamentam a instituição, enquanto outros apenas estão esboçados de forma geral sem que se desenvolvam considerações concretas sobre eles. Boa parte desses princípios inspirou diversas normas regulamentares que o promotor de justiça nacional e os promotores de justiça regionais ditaram para o funcionamento da instituição. Outros constituem somente critérios orientadores que os membros do Ministério Público deverão levar em conta no exercício de suas distintas funções.

A seguir, abordam-se os princípios mais importantes, incluindo-se algumas reflexões sobre seu significado e alcance, como também sobre suas implicações na legislação em estudo.

Princípio da Unidade

O art. 2º, no inciso I da LOCMP dispõe que o Ministério Público desempenhará suas atribuições processuais por intermédio de quaisquer de seus promotores de justiça. Assim, não há vinculação de casos a promotores nem competências territoriais rígidas, já que em qualquer hipótese é a instituição como um todo que intervém nos casos específicos, sem prejuízo da distribuição de trabalho no interior da instituição para obter mais eficiência ou em relação à divisão regional dela. Essa ideia está expressa no art. 40, inciso III, da LOCMP, que estabelece que, sem prejuízo de vincular-se a uma Promotoria de Justiça local, os promotores de justiça adjuntos podem atuar e diligenciar em todo o território nacional.

Princípio da objetividade

Este princípio refere-se à obrigação dos promotores de justiça de investigar tanto aquilo comprove a materialidade e a autoria do delito quanto os fatos que sirvam para provar a inocência do investigado (na realidade, que extingam, eximam ou atenuem sua responsabilidade penal), o que está regulamentado em várias disposições constitucionais e legais. O art. 83 da Constituição, os arts. 1º e 3º da LOCMP e o art. 77 do Código Processual Penal se referem a este princípio.

Apesar de sua profusa consagração normativa, os alcances e as projeções que este princípio tem na prática não resultam totalmente claros e existem várias interpretações possíveis.

Uma delas consiste em entender que o conteúdo deste princípio é equivalente, ou muito similar, ao princípio da imparcialidade, o que impõe aos promotores a obrigação de agir como magistrados neutros de persecução penal que investigam e esgotam todas as hipóteses possíveis de investigação, tanto para a persecução quanto para a defesa⁸⁷. Esta interpretação estaria associada às origens históricas do princípio de objetividade, em que se confunde a função do Ministério Público e sua diferenciação com a função cumprida pelos juízes, que surge no contexto inquisitivo no qual se desenvolve a instituição na Europa continental durante o século XIX (STEPÁN, 1973, p. 83).

A interpretação mencionada, além de estar conceitualmente equivocada (por definição, o Ministério Público não pode ser imparcial), tende a confundir a função do Ministério Público no novo sistema, questão bastante perigosa para a consolidação do novo modelo processual e das novas funções que nele devem desempenhar os diferentes atores. De outro lado, na prática do sistema inquisitivo o princípio da objetividade, compreendido dessa maneira, parece ser apenas um ideal abstrato, uma ficção (BOVINO, 1998, p. 37; STEPÁN, 1973, p. 83). Pelo contrário, como resultado gerado por essa interpretação em outros países da região, piorou-se a posição do acusado no processo penal, na medida em que enfraqueceu o controle judicial sobre a atuação do Ministério Público na etapa de investigação e, além disso, encobriu o exercício de funções persecutórias realizadas pelos juízes durante essa mesma etapa (BOVINO, 1998, p. 36-40). Nesse contexto, é conveniente explorar alcances mais concretos deste princípio que não causem os efeitos negativos já descritos.

O princípio da objetividade pode, razoavelmente, apresentar três significados para o Ministério Público.

Em primeiro lugar, parece razoável exigir que em virtude deste princípio o Ministério Público deva conferir, mediante sua investigação, hipóteses fáticas de exclusão ou de atenuação de responsabilidades plausíveis e sérias, argumentadas pela defesa, com o intuito de confirmá-las ou descartá-las. Mas não seria razoável investigar todas as hipóteses possíveis se elas não têm sustentação em sua própria investigação. O princípio da objetividade não obriga o Ministério Público a investigar as inúmeras situações de fato que podem excluir ou atenuar a responsabilidade do imputado, já que isso

⁸⁷ Assim, por exemplo, a doutrina espanhola costuma chamar indistintamente o princípio de “objetividade de princípio de imparcialidade”. Ainda que não se faça estritamente equivalente à imparcialidade judicial do Ministério Público, eles são tratados como conceitos muito próximos (FLORES PRADA, 1999, p. 597-623).

significaria esgotar as possibilidades reais de atuação dos promotores, especialmente se se considera que, teoricamente, podem existir múltiplas teses defensivas. Nesse sentido, apenas seria exigível investigar as situações invocadas pela defesa que reúnam elementos mínimos apoiados na própria investigação do Ministério Público. Esta manifestação da objetividade poderia ser denominada “dever de profissionalismo do Ministério Público na investigação”.

Em segundo lugar, este princípio deveria impor o dever de lealdade do Ministério Público com a defesa, dever que se traduz, entre outras manifestações, pelo compromisso de não ocultar informação disponível que possa favorecê-la em seu mister de mostrar suas cartas de forma oportuna para que a defesa possa preparar-se adequadamente.

Finalmente, este princípio deve impor o dever do Ministério Público de agir de boa-fé durante todo o desenvolvimento do procedimento, evitando que as regras de um jogo justo sejam vulneradas.

Em conclusão, profissionalismo, lealdade e boa-fé são as manifestações que parecem razoáveis extrair do princípio da objetividade, ajustadas à lógica do sistema vigente a partir da reforma. Exigir mais não é realista, na medida em que pode produzir distorções relevantes para o modelo da reforma.

Princípio do controle e responsabilidade

O Ministério Público e os seus membros e servidores estão sujeitos a um conjunto importante de controle de diversa natureza. Eles são considerados não somente nos textos em estudo, como também em disposições do Código Processual Penal. Além disso, a Constituição e a LOCMP estabelecem responsabilidades civis, penais, administrativas e políticas para os membros do Ministério Público. Isso faz com que o Ministério Público seja uma das instituições estatais que, desde o ponto de vista legal, conta com o maior nível de supervisão na arquitetura institucional chilena. Ao contrário do que afirmam alguns atores da comunidade jurídica nacional, o Ministério Público não é uma instituição onímoda, mas bastante controlada, apesar de seu caráter de organismo constitucionalmente autônomo.

A centralidade deste tema faz com que mais adiante lhe seja dedicada uma seção específica, na qual serão explicados em detalhes os diversos controles e responsabilidades a que estão submetidos os distintos agentes que conformam a instituição. É suficiente apontar como referência geral o art. 1 45 da LOCMP, que estabelece a disposição geral sobre o sistema de responsabilidades.

Princípio de Interdição das funções jurisdicionais

Este princípio se encontra regulamentado no art. 83, incisos I e III da Constituição, como também na parte final do art. 1º e no art. 4º da LOCMP. Este princípio limita o âmbito da atuação autônoma do Ministério Público, já que os promotores nunca podem exercer funções jurisdicionais, faculdade privativa dos Tribunais. Isso se traduz na prática que para a realização de qualquer atividade do Ministério Público que possa privar ao imputado ou a terceiros do exercício de seus direitos constitucionais requer, necessariamente, autorização judicial prévia. Este princípio impede que o Ministério Público possa decretar diretamente diligências tais como escuta telefônica, interceptação de correspondência ou prisão preventiva de um imputado. Para realizar quaisquer dessas diligências, o Ministério Público sempre deve requerer autorização judicial prévia.

Princípio da eficácia, eficiência, coordenação e agilidade procedimental

O art. 6º da LOCMP estabelece este princípio, que se traduz na concepção de que a instituição possa atuar de forma flexível e eficiente no cumprimento das diversas tarefas encomendadas. Depreende-se, assim, que as decisões de gestão da instituição possam adaptar-se aos desafios contínuos para o cumprimento de funções institucionais. Apesar disso, trata-se, tipicamente, de um princípio manifestado em uma formulação legal que, por si mesma, não assegura em nada sua efetiva vigência. Isso, sim, a LOCMP contém algumas disposições que estão ligadas a sua consecução, como o art. 77, que faz com que o sistema de remunerações considere como um fator relevante o resultado das avaliações de desempenho dos membros da instituição.

Princípio da probidade administrativa e transparência

O princípio geral sobre a matéria está contido no art. 8º da LOCMP. Seu desenvolvimento encontra-se no mesmo artigo e no art. 9º.

Com respeito ao princípio de probidade, o art. 9º considera a obrigação de todos os promotores realizarem declaração juramentada no prazo de trinta dias a contar da data em que assumirem o cargo. Esta declaração refere-se à individualização das atividades profissionais e econômicas do membro do Ministério Público. Assim mesmo, o art. 9º *ter* estabelece a obrigação de apresentar declaração juramentada de patrimônio, perante o promotor de justiça nacional. Para ambas as obrigações, o art. 47 da LOCMP regulamenta as sanções aplicáveis em caso de descumprimento ou de demora para seu cumprimento.

No que diz respeito ao princípio de transparência, o art. 8º da LOCMP estabelece a orientação geral de publicidade e de acesso à informação que se

exige do Ministério Público. O artigo referido é complementado pelo disposto nessa lei, como os arts. 21 e 36, que estabelecem a obrigação do promotor de justiça nacional e dos promotores de justiça regionais, respectivamente, de prestarem conta anual pública de sua gestão. Embora seja verdade que o artigo 8º da LOCMP apresente lista bastante completa de exceções ao acesso à informação, parece que o simples estabelecimento deste princípio constitui avanço substancial na instituições nacionais, que não se caracterizam por facilitar acesso às informações.

Princípio da igualdade de acesso

O art. 10 da LOCMP estabelece que todas as pessoas que preencham os requisitos correspondentes devem ter o direito de postular-se, em igualdade de condições, aos empregos no Ministério Público. Este princípio exige claramente um complemento normativo. Porém, mais importante do que isso, exige uma atuação compatível com ele. Um indicativo nesse sentido está contemplado pela própria LOCMP, já que menciona “critérios objetivos e igualitários”, como o art. 41, relativo ao recrutamento dos promotores de justiça adjuntos.

Princípio da legalidade no exercício de funções públicas

Embora seja verdade que este princípio não está especificamente regulado no capítulo da Constituição dedicado ao Ministério Público nem na LOCMP, ele é aplicável aos funcionários da instituição, em virtude da sua consagração geral, referida no art. 6º da Constituição. Segundo este princípio, os membros do Ministério Público devem agir conforme a Constituição e as leis. Qualquer forma de atuação fora do âmbito constitucional ou legal deve ser considerada inválida e pode levar a sanções administrativas ou penais.

Estrutura, Organização e Funções do Ministério Público⁸⁸

Um dos problemas que o Ministério Público tem enfrentado tradicionalmente em seu desenvolvimento como ator importante no contexto da tradição inquisitorial do exercício do poder penal é que a organização e a estrutura têm se espelhado na organização judiciária. Ou seja, é uma cópia carbono dela. Isso significou que as promotorias de justiça têm sido organizadas como uma sombra do modelo de organização judiciária, criando vários problemas. De um lado, este modelo criou uma identificação entre o mundo judiciário e o Ministério Público, impedindo esta instituição de adquirir identidade própria. Ou, em outras palavras, criou um cenário em que o peso institucional do Judiciário absorveu o Ministério Público. Além disso, este modelo gerou uma espécie de identificação entre

⁸⁸ Recomendo como um bom resumo da explicação da estrutura do Ministério Público no Chile o texto de Foglesonng (2008, p. 115-144).

os juizes e os promotores, criando incentivos entre as duas instituições para relaxar os controles recíprocos que supõe o sistema de justiça penal para funcionar corretamente. Outro resultado negativo deste modelo é que ele criou uma organização que não é eficiente para realizar os próprios fins. E, finalmente, tem contribuído para a confusão das funções persecutórias e jurisdicionais no âmbito do processo penal.

A estrutura e a organização do Ministério Público chileno, tal como contido na Constituição e na LOCMP, contemplam um modelo distinto do judiciário. No entanto, reproduzem alguns aspectos gerais como, por exemplo, a equiparação dos salários dos membros do Ministério Público com os do Judiciário, tal como previsto nos arts. 74 a 76.

Mais especificamente, o Ministério Público está estruturado com base em quatro órgãos: Promotoria Nacional, Conselho Geral, Promotorias Regionais e Promotorias Locais (art. 12 da LOCMP). Sua estrutura atual está dividida nos cargos contidos nas Tabelas 1 e 2.⁸⁹

Tabela 1
Detalhes da composição de planta do Ministério Público

Promotores	
Promotor de justiça nacional	1
Promotores de justiça regionais	18
Promotores de justiça adjuntos	647
Total de promotores	666
Funcionários	
Diretor executivo nacional	1
Diretores executivos regionais	18
Chefes de unidade	73
Profissionais	880
Técnicos	529
Administrativos	1.136
Auxiliares	389
Total de funcionários	3.026

Fonte: Lei Orgânica do Ministério Público

Tabela 2

⁸⁹Agradeço a ajuda do advogado Erick Rios na preparação das tabelas 1 a 3.

Resumo da Composição da planta do Ministério Público

RESUMO	Nº	Porcentagem
Total de promotores Adjuntos	647	17,62%
Total de funcionários	3.026	82,38%
Total	3.673	100%

Fonte: Lei Orgânica do Ministério Público

É interessante acrescentar os dados do orçamento atualizados da instituição, contidos na Tabela 3.

Tabela 3
Quantidade de dólares por habitante destinados ao Ministério Público em Chile de acordo com seu Orçamento anual

País	Ano	Orçamento em US\$	População	Taxa
Chile	2009	173.309.469	16.970.000	10,21

Fonte: Elaboração própria a partir de informação de DIGEPRES e população estimada segundo o Anuário Estatístico 2009 de CEPAL

A seguir, analisa-se a composição destes órgãos e suas principais funções.

Promotoria de Justiça Nacional e o promotor de justiça nacional (arts. 13 a 23 da LOCMP)

A Promotoria de Justiça Nacional é a repartição de apoio administrativo do trabalho do promotor de justiça nacional, chefe superior do Ministério Público e responsável por seu funcionamento (art. 13 da LOCMP).

Esta repartição, com sede na cidade de Santiago, conta com seis unidades administrativas: Divisão de Estudos, Avaliação, Controle e Desenvolvimento de Gestão; Divisão de Auditoria Fiscal Interna; Divisão de Recursos Humanos; Divisão de Administração e Finanças; Divisão de Informática; e Divisão de Atenção às Vítimas e Testemunhas (art. 20 da LOCMP).

Cada uma dessas divisões está a cargo de um chefe de unidade, que,

por sua vez, encontra-se sob a supervisão do diretor executivo nacional, que age com base nas instruções gerais do promotor de justiça nacional. Todos esses funcionários são da exclusiva confiança do promotor de justiça nacional.

Requisitos

O chefe supremo e chefe da instituição é o promotor de justiça nacional. Para se candidatar a este cargo, é necessário ser cidadão com direito a voto, ter pelo menos a licenciatura em Direito por dez anos, ter completado quarenta anos de idade e não estar sujeito a quaisquer das incapacidades e incompatibilidades previstas na LOCMP (art. 85, seção II, da Constituição e art. 14 da LOCMP). Uma vez eleito, o titular permanece oito anos no exercício de suas funções, mas não pode ser renovado pelo período seguinte. Aposenta-se das funções ao completar 75 anos de idade (art. 85, §3º, em relação ao art. 80, ambos da Constituição).

Procedimento para a nomeação

O mecanismo e o procedimento para a nomeação do promotor de justiça nacional estão regulamentados no art. 85 da Constituição e no art. 15 da LOCMP, o que provoca a intervenção dos três poderes do Estado.

A Suprema Corte chama a concurso público para elaborar uma lista quintupla. Com os postulantes que se apresentarem e que preencherem os requisitos previstos, a Corte realiza uma audiência pública para dar a conhecer os nomes dos candidatos. Vota-se de modo que cada ministro da Corte tenha o direito a votar em três pessoas. São escolhidos aqueles que obtenham as cinco primeiras maiorias. A lista quintupla é enviada ao presidente da República, que deve propor um nome ao Senado, o qual pode aprovar o nome com duas terceiras partes de seus membros em exercício ou recusar a proposta do presidente da República. Neste último caso, a Suprema Corte deve completar a lista quintupla, seja propondo um novo candidato em substituição do que foi recusado ou convocando um novo concurso.

No nível comparado, é comum que o mecanismo de nomeação da mais alta autoridade do Ministério Público envolva a participação de diferentes poderes do Estado. Por exemplo, na Argentina é necessário um acordo entre o Executivo e os dois terços do Senado. Na Colômbia, a Suprema Corte prepara uma lista tríplice para o presidente da República escolher. No Panamá, o presidente da República e seu gabinete escolhem um candidato, que será submetido à aprovação do Legislativo. Em El Salvador, escolhe-se o postulante que contar com os dois terços do Congresso.

Pode-se perceber que o sistema de nomeação chileno é bastante complicado em termos comparados. Tal mecanismo foi objeto de várias críticas tanto no nível teórico quanto por seu funcionamento na prática.

Teoricamente, a crítica dirige-se ao protagonismo atribuído à Suprema Corte, que lhe outorga certa tutoria de fato sobre o Ministério Público e, como contrapartida, o Executivo tem escasso poder no processo de nomeação. No nível do funcionamento real do sistema, a nomeação do primeiro promotor nacional, em 1999, mostrou algumas debilidades.

Em primeiro lugar, porque a audiência pública que deveria acontecer perante a Suprema Corte foi regulamentada de maneira tão restritiva (concederam-se apenas dez minutos por postulante para expor, sem dar a oportunidade para formular e responder perguntas) que, finalmente, não se constituiu em instância de debate público sobre os diversos pontos de vista dos candidatos sobre o Ministério Público. Em segundo lugar, deu-se preferência na conformação da lista quántupla a aspectos formais, eliminando previamente a audiência aos 40% dos postulantes por supostos defeitos formais em suas postulações que poderiam ter sido sanadas sem alterar em nada o procedimento. Em terceiro lugar, dentro da margem entregue pela Corte ao Executivo resultante da lista quántupla formada por ela, ele teve imensas dificuldades para entrar em consenso com o Senado, questão que aconteceu também em outras nomeações que utilizam o mesmo mecanismo. Alguns desses problemas foram superados na eleição do segundo promotor de justiça nacional, em 2007, ainda que o mecanismo fosse seguido, mostrando-se complicado e, provavelmente, não o melhor para assegurar um processo de concorrência mais aberto.

Funções

As funções do promotor de justiça nacional estão regulamentadas nos arts. 17 a 19 da LOCMP. Dentre elas, as mais importantes a serem consideradas são as seguintes:

a) Estabelecer, ouvindo previamente o Conselho Geral, os critérios de atuação da instituição para o cumprimento de suas funções constitucionais. Para esse fim, ao promotor de justiça nacional é facultado ditar instruções de caráter geral. De outro lado, não lhe está permitido ditar instruções ou ordenar atuações para casos particulares.

Apesar disso, tratando-se de delitos que geram comoção social, ao Ministério Público é facultado desenvolver políticas de persecução penal diferenciadas nas diferentes regiões do país, sobretudo a respeito da aplicação das saídas alternativas ou de diligências imediatas de investigação.

b) Estabelecer, ouvindo previamente o Conselho Geral, os critérios que serão aplicados em matéria de recursos humanos, salários, investimentos e outros assuntos de caráter administrativo e organizacional.

c) Criar, a partir de relatório do Conselho Geral, unidades especializadas

para colaborar com os promotores encarregados da investigação de determinados delitos. A respeito do art. 22 da LOCMP, essas unidades estarão a cargo de um diretor nomeado pelo promotor nacional em prévia audiência diante do Conselho Geral. Determina-se que deve ser criada pelo menos uma unidade para o caso dos delitos tipificados na Lei 20.000 (drogas).

d) Exercer o poder regulamentar, ditando os regulamentos correspondentes.

e) Nomear e solicitar a remoção dos promotores de justiça regionais

f) Resolver dificuldades que surjam entre os promotores regionais na persecução penal.

g) Controlar o funcionamento administrativo das Promotorias Regionais e administrar os recursos designados à instituição.

h) Assumir, de maneira excepcional, a investigação de casos específicos nas hipóteses em que, pela investidura do imputado ou da vítima, isso se fizer necessário para assegurar a independência e a autonomia da instituição no cumprimento de suas tarefas.

i) Atribuir a um promotor regional a investigação de fatos que por sua gravidade ou complexidade assim o exigem.

Conselho Geral (artigos 24 a 26 da LOCMP)

O Conselho Geral é um órgão integrado pelo promotor de justiça nacional e pelos promotores de justiça regionais. Sua função é assessorar o promotor de justiça nacional. Para isso, deve ser ouvido nas hipóteses do art. 25 da LOCMP.

Originalmente, este Conselho foi criado como um mecanismo que pudesse estabelecer um contrapeso às atribuições do promotor de justiça nacional. Para isso, foram-lhe outorgados maiores poderes que os atuais –, por exemplo, criação das unidades especializadas e a remoção de promotores adjuntos. No entanto, foi considerado que como não estava contemplado na Constituição, seria preciso separar sua função na LOCMP. E assim, definitivamente, ficou com uma função normativa bastante menor.

O Conselho deve reunir-se ordinariamente pelo menos quatro vezes por ano e, extraordinariamente, sempre que convocado pelo promotor de justiça nacional.

Promotorias de Justiça Regionais e os promotores de justiça regionais (artigos 27 a 37 da LOCMP)

No projeto original do Ministério Público, uma ideia fundamental

por trás da estrutura proposta foi a de criar uma instituição que tivesse um nível importante de descentralização e desconcentração. Para isso, o estabelecimento de repartições regionais fortes, que contassem com espaços amplos de autonomia, era considerado um aspecto central. Desde o momento em que foram discutidas as primeiras propostas e a aprovação legislativa dos projetos em estudo, foram introduzidas mudanças importantes neste desenho que de alguma forma pudessem relativizar o cumprimento destes objetivos. Tanto a Constituição como a LOCMP deixaram lacunas que permitiram que as Promotorias de Justiça Regionais assumissem de forma bastante autônoma o cumprimento de suas funções.

As Promotorias Regionais são as repartições de apoio ao promotor regional, que é o responsável pelo exercício das funções do Ministério Público na respectiva região (art. 27 da LOCMP). Isso significa que o promotor regional deve não somente fiscalizar o correto funcionamento da instituição no nível regional, mas também, se entender necessário, exercer diretamente as funções de persecução penal. No projeto anterior isso não acontecia, tratando-se do promotor nacional, que somente podia fazê-lo em casos excepcionais.

As Promotorias Regionais se organizam de maneira similar à Promotoria Nacional, ou seja, um conjunto de unidades administrativas sob a supervisão de um diretor executivo regional, que por sua vez, responde ao promotor regional. Como no caso da Promotoria Nacional, tanto os chefes de unidades quanto o diretor executivo são da exclusiva confiança do promotor regional. A principal diferença é que as unidades são apenas cinco e não seis, eliminando-se a Divisão de Auditoria Fiscal Interna (art. 34 da LOCMP).

Requisitos

Para ser eleito promotor regional, o cidadão deve ter direito a voto, ter pelo menos cinco anos de exercício como advogado, ter completado trinta anos de idade e não estar sujeito a nenhuma incapacidade e incompatibilidade (arts. 86 da Constituição e 31 da LOCMP). Permanece oito anos no exercício de suas funções, sem poder ser nomeado como tal para o período seguinte, mas pode ocupar outro cargo no Ministério Público (art. 30 da LOCMP). Aposenta-se de seu cargo ao completar os 75 anos de idade (art. 30, inciso, II, , da LOCMP).

Procedimento de nomeação

A nomeação inicia-se com a formação de lista tríplice por parte das Cortes de Apelações da região, com base na qual o promotor nacional deve escolher o Promotor Regional respectivo. A lista tríplice será

submetida a prévio concurso público e audiência pública, realizada na Corte respectiva. Para esse efeito, cada ministro poderá emitir dois votos, e serão eleitas as três primeiras maiorias (arts. 86 da Constituição e 29 da LOCMP). Este mecanismo também pode ser objeto de observações críticas, particularmente a respeito da intervenção das Cortes de Apelações, que não são instituições de representação local e que, além disso, podem significar um reforço ou consolidar no nível regional certa tutoria do Poder Judiciário sobre o Ministério Público.

Funções

As principais funções dos promotores regionais são:

a) Ditar, conforme as instruções gerais do promotor nacional, as normas e as instruções necessárias para a organização e o funcionamento da Promotoria e o desempenho de seus promotores adjuntos. Isso significa que os promotores regionais têm faculdades para ditar instruções particulares que podem envolver uma intervenção na tramitação de casos específicos.

b) Conhecer e resolver as reclamações impetradas contra a atuação dos promotores adjuntos de sua região.

c) Supervisionar e controlar o funcionamento administrativo de sua Promotoria e das Promotorias locais, como também empenhar-se no desempenho eficaz dos funcionários a seu cargo e a adequada administração do orçamento.

d) Comunicar ao promotor nacional as necessidades orçamentárias da Promotoria Regional e propor-lhe a localização das Promotorias locais e a distribuição dos promotores adjuntos e demais funcionários.

e) Dispor medidas que assegurem o acesso do público à Promotoria Regional e às Promotorias locais, bem como a devida atenção das vítimas e demais intervenientes do processo penal.

Promotorias de Justiça locais e os promotores de justiça adjuntos (artigos 38 e 45 da LOCMP)

As Promotorias locais são as unidades operativas das Promotorias regionais para o cumprimento dos trabalhos de investigação, o exercício da ação penal pública e a proteção de vítimas e testemunhas (art. 38 da LOCMP).

As Promotorias de Justiça locais compõem-se de um promotor adjunto chefe, promotores adjuntos encarregados do cumprimento das funções da Promotoria respectiva e funcionários de apoio requeridos para seu funcionamento. Sua localização territorial é determinada previamente

pelo promotor de justiça nacional, mediante proposta do promotor regional respectivo, levando em conta critérios como carga de trabalho, extensão territorial, facilidade de comunicações e eficiência no uso dos recursos (art. 39 da LOCMP).

Requisitos

Para ser nomeado promotor adjunto, é necessário ser cidadão com direito a voto, ter o título de advogado, reunir requisitos de experiência e capacitação especializada adequada para o cargo e não estar sujeito às incapacidades ou incompatibilidades contempladas na lei (art. 42 da LOCMP).

Procedimento para a Nomeação

Para sua nomeação, o promotor regional respectivo deve submeter-se a um concurso público, que incluirá provas orais e escritas, e uma avaliação dos antecedentes acadêmicos e laborais dos postulantes. Com base nos resultados do concurso, o promotor de justiça regional deve elaborar lista tríplice, da qual o promotor nacional deve escolher um promotor de justiça adjunto (art. 41 da LOCMP).

Desligamento do cargo

Os promotores de justiça adjuntos permanecem no exercício de suas funções até incorrerem em uma das causas para o desligamento do cargo, nas quais estão incluídas: completar 75 anos de idade, renúncia, morte, saúde incompatível com o cargo ou doença irreversível, avaliação deficiente do desempenho do funcionário ou surgimento de incapacidade ou incompatibilidade (art. 43 da LOCMP).

Um aspecto não regulamentado nos textos normativos em estudo está relacionado à estrutura da organização e à forma de distribuição e organização do trabalho que terão essas Promotorias locais. Nisso, a experiência da reforma permitiu a construção de modelos variados de trabalho nas diferentes regiões e promotorias locais. Um aspecto essencial à construção desses modelos de trabalho tem sido a preocupação de não repetir a forma de organização judicial que possa prejudicar a dinâmica de trabalho do Ministério Público no sistema acusatório (BAYTELMAN e DUCE, 2003, p. 87-118).

Sistema de Controles e Responsabilidades

Como visto na seção anterior, o Ministério Público é uma instituição que, do ponto de vista normativo, encontra-se submetida a vários controles e que é objeto de um sistema de responsabilidades muito mais intenso

que boa parte dos demais organismos que integram o Estado chileno. Isso ocorre, fundamentalmente, devido à desconfiança que existiu em relação ao Ministério Público em diversos setores que participaram da formulação e aprovação legislativa do projeto da LOCMP. Um Ministério Público como o que implicava a reforma processual penal era um órgão desconhecido na institucionalidade chilena, que, conseqüentemente, gerou receios institucionais e desconfianças.

A correta estruturação de um sistema de controles desta instituição é a chave para seu funcionamento. De um lado, o cumprimento dos objetivos processuais e extraprocessuais que são demandados do Ministério Público exige espaço institucional de autonomia. Este espaço pode estar ameaçado por um rigoroso sistema de controle e responsabilidade. De outro lado, a inexistência de controle ou a debilidade deles podem conferir demasiada autonomia à instituição, afastando-a do cumprimento dos objetivos levados em conta para sua criação e, conseqüentemente, a possibilidade de responsabilizar seus integrantes pelo não cumprimento deles.

A solução para este assunto não tem a ver tanto com o número de mecanismos de controle, mas em quem se coloca o peso do controle. A possibilidade de ter um Ministério Público capaz de atender às expectativas e às funções estratégicas consideradas para sua criação implica fortalecer a função da sociedade civil e das comunidades em nível local, de modo a incrementar o controle da instituição. Isso requer não apenas uma proposta legal adequada, mas também a vontade institucional do Ministério Público de promover o envolvimento das partes nessas funções.

Controles do Ministério Público

Para uma revisão sistemática dos controles existentes, é possível agrupá-los em cinco categorias. Vale a pena destacar que não se procura realizar uma tipologia perfeita dos controles, já que em alguma medida uns e outros se sobrepõem. O objetivo é mostrar distintas dimensões e agentes que estão facultados para controlar a atividade do Ministério Público.

Controle processual

Este sistema de controle nasce da atuação processual do Ministério Público. Nesse sentido, a ideia básica que organiza o processo penal é a de produzir a harmonização dos controles das atividades processuais realizadas pelos diferentes participantes. Ou seja, reconheceu-se que os controles do processo são gerados por permitir a intervenção ativa das distintas partes nas sucessivas etapas do procedimento, e não pelo controle realizado no nível hierárquico judicial.

Nesse sentido, o controle realizado pelo juiz para garantir a atividade do Ministério Público, de caráter oficial ou a petição da parte, é fundamental. De acordo com o art. 83 da Constituição e o art. 4º da LOCMP, qualquer diligência que signifique a afetação de garantias fundamentais requer autorização judicial prévia. Além disso, o Código Processual Penal estabelece um número incalculável de hipótese nas quais o controle judicial é exercido. Por exemplo, em se tratando do controle judicial: o princípio de oportunidade em sentido estrito (art. 170 do CPP), a faculdade do juiz de estabelecer um prazo judicial para conclusão da investigação (art. 234 do CPP), a possibilidade de realizar um controle judicial antes da formalização da investigação (art. 186 do CPP) e o controle sobre a procedência do procedimento abreviado (art. 409 do CPP).

Controle político

Esse controle está relacionado ao sistema de desligamento do promotor de justiça nacional e dos promotores de justiça regionais previsto no art. 89 da Constituição e no art. 53 da LOCMP, que serão analisados mais adiante. Essas normas estabelecem um verdadeiro sistema de controle entregue aos outros poderes do Estado e, particularmente, ao Executivo e à Câmara de Deputados, com causas amplas, que, de alguma forma, igualam esse mecanismo de desligamento com o sistema de responsabilidades políticas contemplado na Constituição. De fato, esse sistema de desligamento foi estabelecido como alternativa para a responsabilidade política atual existente, por considerar-se ineficaz na prática.

Controle hierárquico

Refere-se ao sistema de controles que ocorre no nível interno, em seus distintos níveis de atuação.

Existe um conjunto de disposições da LOCMP que define este tipo de controle. O mais explícito é o art. 7º, que estabelece de forma expressa que às autoridades e chefias da promotoria de justiça cumpre exercer o controle hierárquico permanente do funcionamento das unidades e da atuação dos funcionários de sua repartição. O art. 33 complementa o anterior quando regulamenta um sistema que permite canalizar reclamações do público ou dos participantes em um processo contra as atuações dos promotores adjuntos diante das autoridades regionais do Ministério Público. No nível geral, o art. 20 estabelece a existência da Divisão de Auditoria Fiscal Interna na Promotoria Nacional.

Controle das vítimas

Inclui-se aqui o conjunto de atividades e faculdades de que dispõe a vítima do delito para ativar controles e promover a revisão da atividade dos promotores de justiça nos casos concretos de que eles participam, tanto no nível processual quanto institucional.

As vítimas – a partir da interposição de uma querela – podem obrigar o Ministério Público a investigar nos casos em que este tivesse solicitado seu arquivo temporário, aplicado o princípio da oportunidade ou se negado a prosseguir em virtude de sua faculdade de não dar início a uma investigação (art. 169 do CPP). A vítima também pode provocar a acusação com a concordância do juiz de garantia em casos em que o promotor de justiça solicita o arquivamento definitivo ou temporário da causa, ou assumir diretamente ela a persecução penal (art. 258 do CPP). Os promotores também se veem obrigados a ouvir a opinião da vítima para tomar determinadas decisões, como solicitar a suspensão condicional do procedimento. Finalmente, a vítima sempre pode recorrer às autoridades superiores da instituição em caso de desconformidade com a atuação de algum dos membros do Ministério Público.

Controle da sociedade

Refere-se ao potencial que o sistema tem para gerar incentivos que permitam o envolvimento de diferentes setores sociais no controle da atividade dos promotores do Ministério Público.

Em primeiro lugar, citam-se as normas que estabelecem a obrigação da Promotoria Nacional e das Promotorias Regionais de prestar contas anuais sobre a gestão da instituição (arts. 21 e 36 da LOCMP). Complementam o anterior o princípio de transparência e fácil acesso à informação do Ministério Público. Em ambos os casos, tratam-se de mecanismos destinados a manter informada a sociedade sobre a atuação da instituição, que constituem as bases mínimas sobre as quais se pode exercer controle da eficiência.

Em segundo lugar, as disposições do Código Processual Penal (art. 111, incisos II, e final, do CPP) que autorizam, em determinados casos, a ação popular, criam incentivo à participação de setores organizados da sociedade civil (por exemplo, ONGs de direitos humanos ou de meio ambiente) para fiscalizar a atuação do Ministério Público na persecução penal deste tipo de infração. Infelizmente, essa regra de ação popular foi restringida em relação ao Código original, limitando essa possibilidade.

Finalmente, a descentralização na organização do Ministério Público deve constituir-se em incentivo para que as comunidades locais se envolvam, direta ou indiretamente, no processo de formulação dos critérios locais ou

regionais de persecução penal e no controle do cumprimento dos objetivos da instituição. Essa dinâmica deve também gerar vínculos de colaboração entre o Ministério Público e as autoridades locais. Tudo isso pressupõe o envolvimento de novos atores que possam cumprir uma função bastante relevante na supervisão do Ministério Público.

Responsabilidades

O sistema de controles descrito anteriormente está complementado com um amplo sistema de responsabilidades, que serão abordadas a seguir.

Responsabilidade política

Aplica-se apenas ao promotor de justiça nacional e aos promotores de justiça regionais pelo fato de o mecanismo de remoção deles estar contemplado no art. 89 da Constituição e no art. 53 da LOCMP.

Conforme esse mecanismo de remoção, a responsabilidade política do promotor nacional e dos promotores regionais deve ser declarada pelos quatro sétimos dos membros em exercício da Suprema Corte, a pedido do presidente da República, da Câmara de Deputados, ou dez de seus membros, e o próprio promotor nacional em se tratando dos promotores regionais. As causas que autorizam a remoção são: incapacidade, má conduta e negligência manifestada no exercício de suas funções. O art. 53 da LOCMP regulamenta com detalhes o procedimento. Em linhas gerais, exige que a petição de remoção indique com clareza e precisão a causa invocada e aponte ou acompanhe os antecedentes que a fundamentam. Além disso, estabelece trâmite processual específico, inclusive com possibilidade de remoção do promotor acusado.

Este mecanismo de remoção foi objeto de algumas críticas. Assim, por exemplo, por envolver uma nova intervenção da Suprema Corte no Ministério Público, o que pode atingir severamente sua autonomia. Também foi criticada pela amplitude e ambiguidade das causas que a autorizam, as quais, somadas ao fato que apenas dez deputados podem pedi-la, colocam em dúvida a verdadeira independência que disporá a instituição em relação ao Poder Legislativo.

Responsabilidade penal

Todos os membros do Ministério Público podem ser responsabilizados criminalmente, seja pela prática de fato punível comum, seja em função do exercício de suas funções (neste último caso, o promotor encarregado da investigação oferecerá a denúncia). A forma tornar esta responsabilidade efetiva está regulamentada no art. 46 da LOCM, que estabelece o

encarregado de dirigir as atuações de procedimento destinado a investigar a responsabilidade penal de um membro do Ministério Público. Assim, se o imputado for o promotor nacional, corresponde a um promotor regional nomeado pelo Conselho Geral; se for um promotor regional, o promotor regional designado pelo promotor nacional, ouvindo previamente o Conselho; e, finalmente, tratando-se de um promotor adjunto, o promotor regional designado pelo promotor nacional. Com esta norma, tenta-se garantir que a investigação será feita de forma séria e estará livre de pressões internas que impeçam chegar a resultados concretos.

Responsabilidade civil

O art. 5º da LOCMP regulamenta a responsabilidade patrimonial do Estado nos casos em que a atuação dos promotores é injustificadamente equivocada ou arbitrária. Com isso, reproduz-se o esquema da indenização por erro judicial contemplado no art. 19, §7º, letra “i” da Constituição. O problema associado a ambas as cláusulas é que elas estabelecem um regime restritivo de responsabilidade, pelo menos na interpretação tradicional da Suprema Corte, a respeito do significado da frase “injustificadamente equivocada ou arbitrária”. Isso fez com que os casos de indenização por erro judicial possam ser contados nos dedos da mão. O problema está no estabelecimento de um ineficaz sistema de responsabilidade patrimonial do Estado, que se torna mera declaração romântica do legislador.⁹⁰

O art. 5º regulamenta também dois aspectos desta responsabilidade patrimonial: a prescrição da ação no prazo de quatro anos a partir da data da atuação prejudicial; e a possibilidade de o Estado acionar regressivamente o promotor ou funcionário em caso de dolo ou culpa grave de sua parte.

Responsabilidade disciplinar

Os arts. 48 a 52 da LOCMP regulamentam com detalhe tal possibilidade. O art. 48 estabelece o princípio geral de que a responsabilidade disciplinar dos promotores de justiça por atos realizados no exercício de suas funções pode efetivar-se pela autoridade superior respectiva, seguindo os procedimentos que estabelece a própria LOCMP. Os arts. 49 e 50 estabelecem as medidas disciplinares que podem ser adotadas no caso de infração disciplinar e especificam os casos em que a sanção de remoção pode ser aplicada. As medidas são as seguintes: admoestação privada; censura por escrito; multa equivalente até a metade do salário mensal pelo período de um mês; suspensão de funções até por dois meses, percebendo a metade do salário; e remoção. Os arts. 51 e 52 regulamentam

⁹⁰ Nesse contexto, foram apresentados alguns projetos de lei no Congresso, nos quais se procura estabelecer um sistema de responsabilidade civil mais aberto dos promotores. Ver Boletín 6369-2007 e Boletín 6381-2007.

detalhadamente o procedimento que deve ser utilizado para a aplicação de medidas de caráter disciplinar.

Alguns Dados sobre o Funcionamento do Ministério Público no Chile

Em relação aos aspectos de desenho normativo, é interessante acrescentar alguns dados sobre o funcionamento do sistema de justiça penal chileno e, particularmente, do Ministério Público, de modo a permitir uma imagem mais real da forma como a estrutura descrita previamente funciona na prática.⁹¹

O Ministério Público chileno permitiu estabelecer, pela primeira vez no país, uma estrutura especializada de persecução penal, o que representou uma grande quantidade de recursos investidos. Contudo, a primeira questão que chama a atenção ao analisar comparativamente a dotação de promotores em Chile com outros países da região que empreenderam reformas similares em seus sistemas de justiça penal nos últimos vinte anos é que se trata de uma quantidade relativamente baixa. A Tabela 4 contém a relação dos membros do Ministério Público para cada 100 mil habitantes e o número total de população em Chile.

Tabela 4
Taxa de promotores por cada 100 mil habitantes no Chile

País	Nº de Promotores	População	Taxa
Chile	666	16.804.000	3,96

Fonte: Elaboração própria sobre a base da Lei Orgânica do Ministério Público e população estimada segundo Anuário Estatístico 2009 de CEPAL.

A Tabela 5 compara essa informação com a de outros oito países da região.

Tabela 5
Taxa de promotores por cada 100 mil habitantes em 2008, na América Latina.

País	Nº Promotores	População	Taxa
Chile	666	16.804.000	3,96
Colômbia	3.955	45.011.000	8,79
Costa Rica	346	4.518.000	7,66

⁹¹ Agradeço a ajuda do advogado Erick Rios na preparação das tabelas 4 a 6.

Equador	426	13.485.000	3,16
Guatemala	1.294	13.689.000	9,45
Nicaragua	260	5.675.000	4,58
Peru	1.021	28.836.000	3,54
Rep. Dominicana	890	9.638.000	9,23
Venezuela	1.292	28.121.000	4,59

Fonte⁹²

Como se pode observar, a taxa chilena é superada por seis dos oito países comparados. Apenas é inferior à do Equador e à do Peru, países que ainda estão em pleno processo de implantação de seus sistemas acusatórios.

O segundo aspecto a ser analisado está relacionado à carga de trabalho de cada promotor, já que apenas sua relação com o número de habitantes não é critério suficiente para conhecer a carga e a dinâmica de trabalho que enfrentam. Os dados indicam que a carga média de trabalho de cada um dos promotores do Ministério Público no Chile é a mais alta na região. A Tabela 6 apresenta essa informação em comparação com outros sete países que realizaram reformas similares à chilena.

Tabela 6
Número de causas por promotor na América Latina

País	Ano	Nº Promotores	Total casos	Causas / Promotor
Chile	2009	666	1.312.362	1.970,51
Colômbia	2008	3.955	916.734	231,79
Costa Rica	2007	346	145.010	419,1
Guatemala	2009	1.294	358.833	277,305
Nicaragua	2007	260	139.239	535,53
Peru	2008	1.021	251.085	245,92
Rep. Dominicana	2008	890	39.285	44,14
Venezuela	2007	1.292	293.303	227,014

Fonte⁹³

92 Elaboração própria sobre a base de informações de distintas fontes (CHILE, 2009; COLOMBIA, 2009; COSTA RICA, 2009; COSTA RICA, 2009; PERU, 2009; REPÚBLICA DOMINICANA, 2009; VENEZUELA, 2007).

93 Elaboração própria sobre a base de informações de distintas fontes (CHILE, 2009; COLOMBIA, 2009; COSTA RICA, 2009; COSTA RICA, 2009; PERU, 2009; REPÚBLICA DOMINICANA, 2009; VENEZUELA, 2007).

Como se vê, a carga média de trabalho anual de cada promotor chileno é muito superior a dos demais países. Inclusive, é quatro vezes superior à da Nicarágua e da Costa Rica.

Os dados analisados envolvendo a relação de promotores com a população e a carga média de casos por ano poderiam levar à conclusão que o Ministério Público do Chile se encontra em situação de colapso. No entanto, em decorrência do desenho institucional e dos processos de trabalho que foram adotados na prática, os resultados de trabalho da Promotoria no Chile são bastante positivos. Com efeito, a Tabela 7 mostra o número de casos iniciados e o número de casos concluídos por ano no Chile pelo Ministério Público nos últimos quatro anos.

Tabela 7
Casos iniciados e concluídos – 2006-2009

Ano	Nº Iniciados	Nº Concluídos	Relação %
2006	944.547	941.735	99,7%
2007	1.078.307	1.082.961	100,4%
2008	1.213.797	1.309.332	107,9%
2009	1.276.296	1.373.474	107,6%

Fonte: Elaboração própria, a partir de Anuários Estatísticos do Ministério Público

Como se pode observar, o resultado é muito positivo, já que o sistema mostra capacidade não apenas para assimilar a carga anual ingressada como também para receber e tramitar a pequena porcentagem de casos que ficaram atrasados em anos anteriores. Isso permite apontar que um bom desenho institucional e a implementação de processos de trabalho adequados permitem à instituição usar fluxos que de outra forma não poderiam ser assimilados.

Apesar disso, os dados não são elucidativos sobre a qualidade das manifestações do Ministério Público. A Tabela 8 apresenta o resumo das manifestações finais do Ministério Público em duas categorias –judiciais⁹⁴ e extrajudiciais⁹⁵ – entre 2004 a 2009. Deve-se apontar que, em princípio, as manifestações finais com decisão final do Judiciário envolveriam as decisões de maior qualidade do sistema.

94 Neles estão incluídas as sentenças definitivas derivadas de todos os procedimentos do sistema (incluindo o ordinário, o simplificado, o abreviado e o monitorio), a suspensão condicional do procedimento, os acordos reparatórios, os arquivamentos (temporários e definitivos) e a faculdade de não iniciar a investigação.

95 Eles incluem os arquivamentos provisórios, o princípio de oportunidade e as incompetências.

Tabela 8

Manifestações do MP agrupadas em: manifestação do MP com decisão do Poder Judiciário (Judiciais) e manifestações extrajudiciais – 2004 a 2009

Ano	Judiciais	Extrajudiciais
2004	30,5%	69,5%
2005	33,8%	66,2%
2006	36,3%	63,7%
2007	37,9%	62,1%
2008	39,3%	60,7%
2009	41,3%	58,4%

Pode-se observar que uma porcentagem importante dos casos concluídos se dá mediante o uso da alternativa de maior qualidade do sistema (Judicial). Além disso, constata-se um aumento das soluções de qualidade em mais dos 33% no período 2004-2009, o que demonstra tendência muito positiva, já que mostra que não houve um esforço por parte do Ministério Público em iniciar novos casos, mas em buscar crescentemente incrementar a qualidade do trabalho. Um fenômeno similar acontece com a consolidação da diminuição da duração dos processos, como se pode observar na Tabela 9, que distingue em dias a média de duração entre os processos levados ao Poder Judiciário e as manifestações finais extrajudiciais.

Tabela 9

Média de duração em dias de casos –2006-2009

Ano	Judiciais	Extrajudiciais
2006	119	96
2007	138	92
2008	132	88
2009	126	72

Fonte: Elaboração própria, a partir dos Anuários Estatísticos do Ministério Público

Pode-se perceber uma redução nos prazos de duração dos casos concluídos extrajudicialmente. Nos casos levados ao Judiciário, embora tenha havido incremento em relação ao ano de 2006, a tendência é de redução em relação aos anos anteriores. Em todo caso, refere-se a médias bastante baixas no contexto comparado.

Os dados apontados não permitem conclusões definitivas sobre

a eficácia do Ministério Público no Chile, mas são apresentadas com o objetivo de mostrar uma imagem um pouco mais precisa e complexa de como a arquitetura legal descrita nas seções prévias se traduz na prática. Os dados mostram que esse desenho legal proporcionou espaço suficiente ao Ministério Público para adotar uma forma de trabalho que foi capaz de adaptar-se aos desafios que se apresentam à realidade chilena.

Conclusão

A instalação do Ministério Público no Chile, como parte do processo de transformação por que passou o sistema de justiça penal, representou um avanço significativo na consolidação de um sistema mais justo e eficiente. Neste contexto, deve destacar-se que, transcorridos pouco mais de dez anos de sua implementação, nota-se um nível de consolidação institucional muito significativo. Além das questões de desenho institucional que foram criticadas neste trabalho, é possível apontar que nesse período institucional o Ministério Público chileno desempenhou uma função chave na implantação de um novo sistema acusatório e demonstrou um desempenho com resultados muito significativos do ponto de vista de suas funções básicas.

As considerações anteriores não devem permitir que se perca de vista que o funcionamento dos sistemas de justiça penal – entre eles, o Ministério Público – é sempre muito complexo e problemático. Quando se obtém sucesso, surge novo problema ou nova demanda social legítima que o sistema deve satisfazer. Isso faz com que seja indispensável que os atores e as instituições do sistema estejam sempre atentos e se mantenham numa atitude de questionamento sobre seus sucessos. Quando os sistemas de justiça penal perdem sua capacidade de reflexão crítica, isso permite que em poucos anos se tornem sistemas burocráticos que trabalham abaixo de suas possibilidades e das expectativas sociais mínimas.

Nesse contexto, é possível identificar vários desafios pendentes para o trabalho futuro do Ministério Público no Chile. Como se trata de um assunto que requereria amplo desenvolvimento, mencionam-se aqui alguns aspectos que parecem fundamentais, mencionando textos em que esses assuntos foram objeto de significativo desenvolvimento.

Melhora no atendimento às vítimas

O modelo de Ministério Público consagrado tanto na Constituição quanto na LOCMP estabelece que um dos deveres importantes da instituição é promover a proteção das vítimas e, em geral, a satisfação de seus interesses. Nesse contexto, existe informação empírica que permite avaliar de maneira crítica a forma como está sendo tratada e considerada a vítima pelos promotores, tanto para a tomada de decisões como para a tramitação dos casos em matéria de delitos comuns. A imagem é bastante

problemática. Nesse sentido, há vários exemplos que demonstram que muitas soluções não incluem a reparação do dano ou sequer assumem o interesse mais geral da vítima. Ela, por sua vez, está recebendo muito pouca retroalimentação do sistema em termos do que está passando com a persecução penal. Assim, em geral, o estudo reflete certo desinteresse em zelar pela vítima

Este assunto esteve mais em debate público nos últimos anos no Chile e se reflete, entre outros exemplos, na enorme discussão que houve sobre acriação de uma defensoria das vítimas.⁹⁶

Nesse contexto, é um desafio central para o Ministério Público chileno discutir o método de trabalho que o sistema está utilizando com as vítimas. Trata-se de uma área em que o próprio sistema pode mostrar avanços e resultados muito importantes em determinadas áreas, como no caso dos delitos de violência familiar, em que os resultados de satisfação das vítimas são proporcionalmente inversos em relação às avaliações que se fazem nos delitos comuns.⁹⁷ Portanto, pode-se dizer que o sistema está aprendendo a desenvolver melhores métodos para trabalhar com as vítimas. O próprio Ministério Público desenvolveu metodologias sobre as quais se poderia construir uma nova aproximação ao tema tratando-se das vítimas de delitos comuns. Isso leva à conclusão que, no fundo, o que acontece não é que o sistema desconheça como aproximar-se mais efetivamente da vítima, mas que se trata de um problema de priorização de recursos e objetivos. Assim, por exemplo, do ponto de vista dos recursos, a pergunta relevante é: Quantos recursos são destinados ao tratamento da vítima? Isso poderia levar a outras discussões e preocupações. Por exemplo, sobre a administração da hora/promotor para atender a essa demanda, que vai além da persecução penal mais tradicional. Contudo, se se considera que a atenção e a satisfação das vítimas é algo sensível ao que o Ministério Público deveria tratar como importante, talvez não se trate de um tema efetivo por contar com mais hora/promotor, mas que pode passar por uma definição de prioridades sobre o tempo que se destina a distintas atividades.

Revisão de metas, indicadores quantitativos e decisões de maior

96. Ver Mensagem 76/356, de 31 de março de 2008, pela qual é apresentado o Projeto de Lei para Criar um Fundo Nacional para a Representação de Vítimas de Delitos. Sobre o intenso debate nos meios de comunicação, pode-se consultar o conjunto de opiniões editoriais publicadas (*EL MERCURIO*, 5 de novembro de 2007, p. A 2; *EL MERCURIO*, 31 de março de 2008, p. A2; *EL MERCURIO*, 5 de junho de 2010, p. A2; *EL MERCURIO*, 28 de maio de 2010, p. A2).

97 O Ministério Público encomendou a uma empresa a realização de pesquisa paravaliação da satisfação de vítimas nos projetos experimentais, implantados na época, para o tratamento e a atenção de vítimas de violência familiar. O índice de satisfação total foi superior a 70%, enquanto que em relação ao contato dos promotores o índice foi próximo a 65%. Os detalhes deste estudo podem ser consultados em: http://www.fiscaliadechile.cl/repositoriominpu/Archivos/minpu/documentos/Encuesta_Satisfaccion_VIF_2009.ppt (última visita no mês de setembro de 2010).

qualidade⁹⁸

O Ministério Público chileno se caracteriza por sua alta produtividade. Em uma medida significativa, ela é consequência da introdução desde cedo de uma concepção de gestão muito intensa.

Nesse cenário, a existência de metas e de indicadores quantitativos foi um fator ou um dos catalisadores, que permitiu ao Ministério Público chileno desenvolver os altos níveis de gestão que possui atualmente. Contudo, este assunto possui outra faceta, o que poderia ser chamado de “efeito perverso”. Ou seja, quando as metas quantitativas se constituem no único ou principal indicador de mensuração de resultados e de prêmio ao trabalho dos promotores, isso pode gerar um conjunto de incentivos perversos para o alcance dos objetivos finais do sistema. Assim, por exemplo, essas metas estabelecem o incentivo por investigar o mais fácil, e não necessariamente o que é socialmente mais relevante, fundamentalmente porque é mais importante alcançar a meta de gestão do que, em muitos casos, obter uma solução de qualidade nos casos específicos.

De outro lado, com o tempo, as metas e os indicadores estabelecidos pelo sistema tendem a perder força como parâmetros para a persecução penal dos delitos. A primeira questão problemática surge como consequência de um processo que poderia ser caracterizado como de “burocratização de metas e indicadores”, fenômeno que segundo a minha experiência, acontece em toda instituição ou atividade em que se utilizam essas formas de medição e incentivo. É necessário que o Ministério Público do Chile faça uma análise permanente dessas metas e desses indicadores para evitar este fenômeno.

O segundo ponto a ser mencionado é que a esta altura do desenvolvimento da reforma processual penal chilena há necessidade de incorporar metas qualitativas. Os desafios aqui são basicamente dois. Em primeiro lugar, supondo que existe um acordo quanto à forma de medir mais qualitativamente o trabalho, isso impõe a necessidade de desenvolver sistemas de medição e controle dos indicadores qualitativos, que hoje são inexistentes no sistema. Em segundo lugar, é necessário examinar quais seriam essas metas. A pergunta central neste sentido seria: Melhorar o formato das metas qualitativas passa apenas pela exigência de soluções de maior qualidade? Isso é muito importante, porque o sistema no Chile está chegando ao máximo em termos da quantidade de casos que atende e da resposta com soluções jurídicas de qualidade. Pelo mesmo motivo, identificar essa mudança com maiores exigências não parece realista, nem a direção que deve ser tomada. O que deve ser feito, de outro lado, é conferir mais transparência ao funcionamento do sistema, mediante *accountability* ou a prestação de contas mais detalhada.

⁹⁸ Para um tratamento mais extenso deste ponto, ver: Duce (dezembro de 2010).

Melhoras na persecução penal de delitos comuns:

Apesar de os resultados serem muito positivos, é possível identificar vários problemas na persecução penal dos delitos de maior ocorrência, como os delitos contra a propriedade e as lesões corporais, os quais constituem mais de 70% dos casos. Deve-se reconhecer que se produziu um avanço, produto da criação de política geral do Ministério Público, a partir de seu novo plano estratégico das denominadas “Unidades de Tramitação de Causas Menos Complexas” (TCMC) (MINISTÉRIO PÚBLICO, 2009, p. 46). Elas permitiram homogeneizar a persecução penal ou o modo como o Ministério Público está enfrentando estes casos massivos que saturam o sistema. Apesar disso, persistem alguns problemas importantes: o método investigativo da ordem de investigar; o uso de sistemas de informação; o tratamento do cotidiano/habitual; e a coordenação de promotores com a polícia.

Como foi apontado, não é possível num trabalho desta natureza explicar em detalhe esses aspectos (DUCE, 2010, p. 191-234). O ponto a destacar é a necessidade de analisar profundamente vários dos processos de trabalhos empregados na persecução deste tipo de criminalidade.

Em direção a uma maior prestação de contas do Ministério Público:

Apesar dos resultados positivos que pode exibir o Ministério Público do Chile, ao mesmo tempo, podem-se constatar questionamentos muito significativos à legitimidade dele e ao funcionamento do novo sistema de justiça penal em seu conjunto. Diante disso, parece necessário que o Ministério Público avance para uma nova etapa de prestação de contas, que, como apontara Riego “além de ser reconhecido pelo excelente trabalho de gestão que realiza resolvendo casos, possa ser discutido quais são as expectativas do público, quais são as limitações próprias do trabalho de persecução e quais são as iniciativas destinadas a melhorar o impacto da persecução penal nos problemas que motivam as denúncias”(RIEGO, 2010, p. 133). Isso ocorre, em grande parte, pelo fato de o Ministério Público ter-se assumido como um ator social significativo, com uma voz importante em temas de segurança pública.

Referências

BAYTELMAN, A., DUCE, M. *Evaluación de la Reforma Procesal Penal: Estado de una reforma en Marcha*. Santiago: Universidad Diego Portales, 2003.

BINDER, A.. *Funciones y Disfunciones del Ministerio Público Penal*. In: VV.AA. *El Ministerio Público para una Nueva Justicia Criminal*. Santiago: Fundación Paz Ciudadana-Corporación de Promoción Universitaria-Universidad Diego Portales, 1994.

BOVINO, A. *Ministerio Público en el Proceso de Reforma de la Justicia Penal en América Latina: Problemas del Derecho Procesal Penal Contemporáneos*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 1998.

CHILE: *Anuario Estadístico del Ministerio Público*. Santiago, 2009. Disponível em <12/12/2010>: www.fiscaliadechile.cl.

COLÔMBIA: *Informe sobre la Justicia de las Américas*. CEJA 2008-2009, 2010. Disponível em <12/12/2010>: www.cejamericas.org.

COSTA RICA: *Informe sobre la Justicia de las Américas CEJA 2008-2009*, 2010 Disponível em <12/12/2010>: www.cejamericas.org.

DE RAMÓN, A. Promotores Fiscales. Su Historia (1876-1927). *Boletín de la Academia Chilena de Historia* 100, Santiago, 1989.

DUCE, M. Reforma Procesal Penal y Reconfiguración del Ministerio Público en América Latina. In: *Seminario Reforma Procesal Penal*. Santiago: Editorial Jurídica Conosur, 2.001.

_____ Desafíos en la Persecución de Delitos Comunes en Chile: Reflexiones a Partir de una Investigación Empírica. *Sistemas Judiciales*, 15, centro de Estudios de la Justicia, Santiago, 2010. Disponível em <12/12/2010>: www.sistemasjudiciales.cl.

_____ Diez Años de Reforma Procesal Penal en Chile: Apuntes sobre su Desarrollo, Logros y Desafíos. In: DUCE, M. A. *Diez Años de la Reforma Procesal Penal: Los Desafíos del Nuevo Sistema*. Santiago: Ministerio de Justicia, 2010.

DUCE, M., RIEGO, C. *Proceso Penal*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2007.

_____ *Desafíos del Ministerio Público Fiscal en América Latina*. Santiago: Centro de Estudios de Justicia de las Américas, 2006.

EL MERCURIO, 5 de novembro de 2007 p. A 2.

_____ 31 de março de 2008 p. A2.

_____ 5 de junho de 2010 p. A2.

_____ 28 de maio de 2010 p. A2.

FLORES PRADA, I.. *El Ministerio Fiscal en España*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.

FOGLESONNG, T. *Report on the Ministerio Publico and the Reform of Prosecution in Chile*. Promoting Prosecutorial Accountability Independence and Efectiveness. Sofia: Open Society Institute, 2008.

GUATEMALA: *Informe sobre Justiça das Américas*. CEJA 2008-2009, 2010. Disponível em <12/12/2010>: www.cejamericas.org.

HAMMERGREN, L. *The Politics of Justice and Justice Reform in Latin America*. Washington: Westview Press, 1998.

_____ *Institutional Strengthening and Justice Reform*. Center For Democracy and Government. Washington: USAID, 1998.

HORVITZ, M.I.. LÓPEZ J. *Derecho Procesal Penal Chileno*. Tomo I. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2002.

MAIER, J.. El Ministerio Público: ¿Un adolescente?. *El Ministerio Público en el Proceso Penal*. Buenos Aires: Editorial Ad-Hoc, 1993.

MATURANA, C., MONTERO, R.. *Derecho Procesal Penal*. Santiago: Abeledo Perrot, 2010.

MINISTERIO PÚBLICO: *Plan Estratégico 2009-2015*. Santiago, 2009. Disponível em <12/12/2010> www.fiscaliadechile.cl.

PERU: *Anuários Estatísticos do Ministério Público*. Relatório sobre Justiça das Américas CEJA 2008-2009, 2010. Disponível em <12/12/2010>: www.cejamericas.org.

REPÚBLICA DOMINICANA: *Informe sobre la Justicia de las Américas*. CEJA 2008-2009, 2010. Disponível em <12/12/2010>: www.cejamericas.org.

RAMÓN, A.de. *Promotores Fiscales. Su Historia (1876-1927)*. Boletín de la Academia Chilena de Historia, Santiago, 1989.

RIEGO, C. *Reformas Procesales en América Latina: Resultados del Proyecto de Seguimiento*. Santiago: Centro de Estudios de Justicia de las Américas, 2005.

_____. *Nuevos Desafíos del Sistema de Justicia Penal. A Diez Años de la Reforma Procesal Penal: Los Desafíos del Nuevo Sistema*. Santiago: Ministerio de Justicia, 2010.

ROXIN, C.. Posición Jurídica y Tareas Futuras del Ministerio Público. In: MAIER, J. *El Ministerio Público en el Proceso Penal*. Buenos Aires: Editorial Ad-Hoc, 1993.

STEPÁN, J.. Possible Lessons from Continental Criminal Procedure. In: VV.AA. *The Economics of Crime and Punishment*, Washington D.C.: American Enterprise Institute for Public Policy Research, 1973.

WEIGEND, T.. Prosecution: Comparative Aspects. In: VV.AA. *Encyclopedia of Crime and Justice*. New York: The Free Press, 1983.

VENEZUELA: *Desafíos do Ministério Público Fiscal em América Latina*. Santiago: Centro de Estudios de la Justicia de las Américas, 2006.

O Ministério Público federal na República Argentina: estrutura, princípios e funções⁹⁹

Adrián Marchisio

Professor em Buenos Aires e membro do Ministério Público Federal na Argentina

O artigo aborda a posição constitucional do Ministério Público argentino no contexto das reformas processuais e do sistema de justiça ocorridas nos últimos anos. A partir do debate sobre a posição institucional do Ministério Público, o artigo discorre sobre os princípios fundamentais da instituição, as novas funções e os desafios assumidos em face dos novos papéis assumidos pelos atores processuais. O artigo focaliza, ainda, especialmente, a peculiaridade do Ministério Público federal, no contexto do modelo federativo argentino.

Palavras-chave: Ministério Público – organização – princípios – atuação processual

Localização institucional do Ministério Público

O processo de reforma do sistema processual penal argentino, em nível federal, iniciou-se em 5 de setembro de 1992, data em que passou a vigorar o novo código de processo penal, que incorporou o juízo oral e público (Lei 23.984).¹⁰⁰ Esse processo está inscrito em um modelo misto, ou acusatório formal, que deixa para trás o processo nitidamente inquisitivo que caracterizou o denominado “Código Obarrio”, vigente até essa data (Lei 2372).

A partir desse ponto inicial, ocorreram diversas modificações parciais, as quais, contudo, não transformaram a estrutura básica e as funções do Poder Judiciário. Porém marcaram um caminho de sucessivas reformas quanto à estrutura e ao funcionamento do Ministério Público.

⁹⁹ Artigo Traduzido por Margarita Furlong. Revisão e adaptação: Bruno Amaral Machado.

¹⁰⁰ Também denominado “Projeto Levene”, que, junto com o tão comentado Projeto de 1986 de Julio Maier, polarizou as opções da época. Infelizmente, apesar de este último não ser aprovado, por questões conjunturais, é evidente que serviu de referência para outras províncias do país e também para os demais países da América Latina.

A instituição adquire papel protagonista a partir da reforma constitucional de 1994, que lhe outorgou sua verdadeira independência, autonomia funcional e financeira, passando a ser considerado por grande parte da doutrina como um quarto poder ou órgão independente incumbido de promover a ação penal pública em defesa da legalidade e dos interesses gerais da sociedade.

Nesse sentido, é importante considerar que, apesar de o Ministério Público existir desde muito antes da reforma constitucional, suas funções encontravam-se distribuídas em distintas normas.¹⁰¹ Além disso, sua localização institucional era muito discutida entre os partidários da vinculação ao Poder Executivo e aqueles que o consideravam parte do Poder Judiciário.¹⁰²

A reforma constitucional instituiu o Ministério Público como órgão autônomo, autárquico e independente dos poderes do Estado (art. 120 da Constituição Nacional), inserindo-o no texto constitucional, em seção especial (a quarta), sem referência a nenhum dos outros três poderes do Estado, ao contrário dos órgãos independentes criados pela mesma reforma, como o Conselho da Magistratura, a Chefatura de Gabinete e o Defensor do Povo, instituições que foram colocados na órbita de algum dos três clássicos poderes: Executivo, Legislativo ou Judiciário.

O Ministério Público tem sua ata de criação como poder formal do Estado no citado art. 120. Conseqüentemente, tornou-se “o poder do controle e da defesa da legalidade”, função que a doutrina constitucional reconheceu como independente na segunda metade do século XX (LOEWENSTEIN, 1976).

No entanto, não é possível deixar de apontar que, para um setor minoritário da doutrina, ainda depois da reforma constitucional, o Ministério Público integra a categoria dos denominados “órgãos independentes”(MASNATTA, 1994; QUIROGA LAVIÉ, 1994, p. 65; NATALE, 1995, p. 153).

Assim, pode-se afirmar que o Ministério Público tem todos os atributos formais de um poder do Estado: o quarto poder. O que está em curso é a consolidação de sua função primordial que a Constituição e a Lei Orgânica lhe atribuem, que se resume em promover a atuação da justiça em defesa da legalidade e dos interesses gerais da sociedade.

Esse processo de construção institucional foi reconhecido

101 Lei 1893; 4055; 15.464; 17.516; 18.345; 19.539; 23.183, entre outras, problema atualmente solucionado com a Lei Orgânica 24.946 de 1998.

102 Parte da doutrina defendia a vinculação ao Poder Executivo (ALSINA, 1957, p. 329; JOFRE, 1924, p. 228; ODERIGO, 1973, p. 218). Havia ainda os partidários da localização institucional do Ministério Público no Poder Judiciário (VANOSSI, 1965, p. 85; PALACIO, 1979, p. 594; RUBIANES, 1977, p. 31).

institucionalmente pela Suprema Corte de Justiça da Nação, na conhecida sentença “Quiroga”. Esta, além de reconhecer a independência do Ministério Público, deixa claro qual é sua função processual e, em particular, em face do Poder Judiciário.

Antes de aprofundar a análise do processo de transformação do Ministério Público, é importante abordar aspectos básicos da organização judiciária na Argentina. Nesse sentido, é preciso considerar que, devido à organização política de tipo federal que dispõe a Constituição Nacional (art. 1º), o Estado argentino conta com Justiça Federal com competência em todo o país, em matéria de entorpecentes, contrabando, evasão fiscal, lavagem de dinheiro e outros delitos que afetam o patrimônio e a segurança da Nação. Por sua vez, também foi instituída Justiça Provincial, com competência para os delitos comuns (também denominada “Justiça Ordinária”), cuja legislação processual e organização dos órgãos judiciais estão constitucionalmente reservadas ao governo de cada uma das 23 províncias (arts. 5º, 121 e 123 da Constituição Nacional).

Em nível federal, instituiu-se sistema judiciário e código processual penal nacional, com Judiciário e Ministério Público federais. Além disso, existem outros 23 sistemas judiciários e ordenamentos processuais provinciais e o da cidade Autônoma de Buenos Aires – os quais, somados à sua competência em contravenções e infrações, agora também recebeu competências para delitos correccionais (menor potencial ofensivo) como ameaças, usurpação e descumprimento dos deveres de assistência familiar –¹⁰³, com seus respectivos órgãos requerentes (em algumas províncias, possuem caráter de órgão independente e em outros de órgão integrante do Poder Judiciário).

A exceção neste esquema é a cidade de Buenos Aires, na qual o tratamento da maioria dos delitos comuns – com a ressalva feita sobre a transferência de algumas competências para o Poder Judiciário da Cidade Autônoma – também compete ao Governo Federal, nos seguintes foros: Correccional, Instrução, Menores, Federal e Penal Econômico. Conforme a última reforma na matéria (Lei 25.292), também foi incorporado o foro do Penal Tributário, especificamente desenhado para combater a evasão fiscal.¹⁰⁴ Neste caso, tanto a organização quanto o ordenamento processual estão regidos por normas federais.

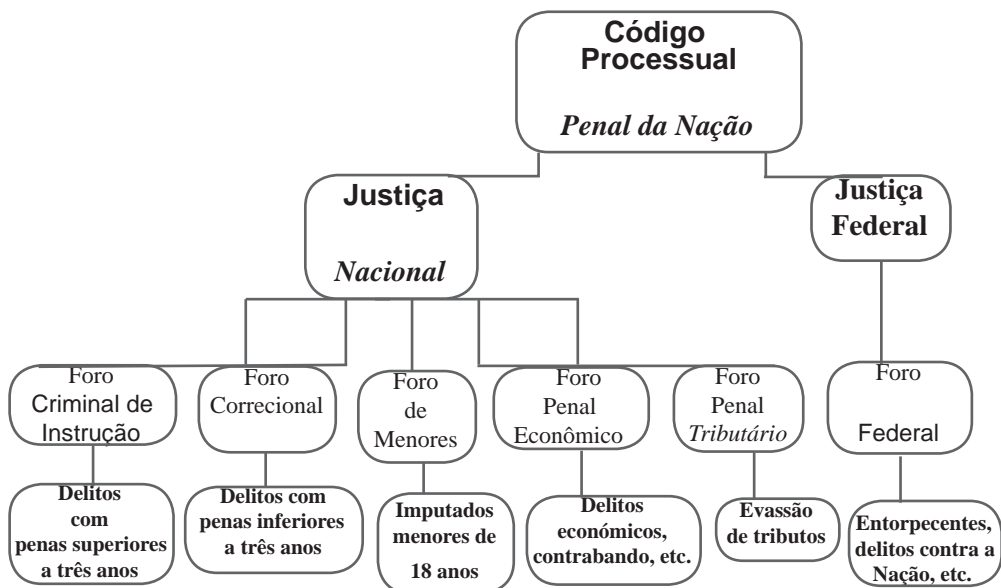
Assim, no país convive a organização judiciária e o código processual

103 Lei 25.752, de 2003, e Lei 26.357, de 2008, que aprovam os correspondentes convênios de transferência de competências.

104 Este foro foi criado exclusivamente para a cidade de Buenos Aires e que apenas abrange Juizados e Promotorias de Justiça de Primeira Instância, já que, conforme decidido pela C.S.J.N. 34/02, as apelações são de competência da Câmara Penal Econômica, bem como os juízos orais, que serão desenvolvidos pela instância oral desse mesmo foro, ainda que no projeto originário, que foi vetado pelo Poder Executivo, estava prevista a criação de uma Câmara e de um Tribunal Oral no Penal Tributário.

penal federais com uma organização e um código processual locais em cada província e para a cidade autônoma de Buenos Aires, totalizando 25 distintos sistemas.

É importante destacar que, a partir de iniciativa da Procuradoria-geral da República, foi criado, em nível nacional, o Conselho Federal de Política Criminal, espaço de intercâmbio que congrega os titulares de todos os Ministérios Públicos do país, precisamente para coordenar as políticas de persecução penal e de atuação da instituição em todo o território do país.



Estrutura e princípios orgânicos do Ministério Público

Estrutura

O Ministério Público é um órgão bicéfalo, formado pelo Ministério Público (propriamente dito) e pelo Ministério Público da Defesa¹⁰⁵. O primeiro concentra e coordena a ação dos procuradores da República e o segundo, a dos defensores públicos oficiais.

A máxima autoridade do Ministério Público é o procurador-geral da República, dotado de dupla função. Por um lado, ele é o membro com atribuições perante a Suprema Corte, atuando nas respectivas ações de competência da corte; por outro, é o chefe máximo da instituição e respectivos membros, cabendo-lhe coordená-los, estabelecendo as diretrizes de política criminal e de persecução penal do Ministério Público.

No que diz respeito à administração da instituição, a Procuradoria-
 105 Nota do Revisor: no modelo argentino o Ministério Público propriamente dito é denominado Ministério Público Fiscal, vez que integra um dos ramos do Ministério Público, ao lado do Ministério Público da Defesa. Optou-se pela expressão Ministério Público para a tradução ao português. Na tradução dos distintos cargos e funções, optou-se pela expressão procurador da República para o membro do Ministério Público Federal, pela proximidade com a nomenclatura utilizada no Brasil.

geral da República cumpre várias funções, motivo pelo qual se encontra dividida em áreas: Administração, Recursos Humanos, Informática, Coordenação Institucional, Estadísticas, Assuntos Jurídicos, Biblioteca e Centro de Documentação; órgãos de fiscalização geral, de capacitação e de política criminal (MARCHISIO e STIPPEL, 2002, p. 36).

No que se refere à atividade judicial propriamente dita, a organização do Ministério Público reproduz a do Poder Judiciário. Dessa maneira, para atuar perante as varas federais no interior do país ou na cidade de Buenos Aires, ao Ministério Público federal foi conferida estrutura similar à do Poder Judiciário, ainda que no interior do país, especialmente, nota-se uma dotação de funcionários muito inferior à do Poder Judiciário.

Mantém-se, inclusive, a organização administrativa do Judiciário, bem como a mesma designação para os cargos existentes. Essa organização permitiu, no início da reestruturação do Ministério Público, que a semelhança na hierarquização oferecesse flexibilidade aos funcionários do Poder Judiciário para aspirar, em idênticas condições, a funções no Ministério Público, e vice-versa. O grave inconveniente – que será explicado mais adiante – consiste em que essa simetria estrutural não se adapta às funções distintas que agora possuem ambos os órgãos.

Em relação à organização federal, o país está dividido em 15 jurisdições¹⁰⁶: Bahia Blanca, Capital Federal, Comodoro Rivadavia, Córdoba, Corrientes, General Roca, La Plata, Mar del Plata, Mendoza, Misiones, Paraná, Resistência, Rosário, San Martín, Santa Fé e Tucumán. Cada uma delas conta com uma Câmara de Apelações, que, além das funções próprias de tribunal de alçada federais, cumpre funções de superintendência. Perante cada uma dessas câmaras atua um membro do Ministério Público federal. Essas regiões possuem um número importante de Procuradorias, que atuam na investigação preliminar junto às varas federais.

De acordo com o esquema apresentado, as Câmaras de Apelações foram instaladas em determinadas cidades, com base na densidade populacional e demanda, ainda que os critérios não tenham sido tão racionais em todos os casos. Com efeito, nos últimos anos, em razão das diversas iniciativas que propiciavam a criação de órgãos do Ministério Público em diferentes partes do país, com fundamentos muito diversos, observou-se que não existia um estudo atualizado sobre as estruturas físicas do Ministério Público e do Poder Judiciário. Por esse motivo, em 2002, elaborou-se projeto que culminou no Mapa do Ministério Público¹⁰⁷, documento que condensou 106 Art. 3º da Lei 24.050, de implantação do Juízo Oral e Público.

107 O trabalho completo, dirigido pelo autor deste trabalho, pode ser consultado em www.mpf.gov.ar no link especificado como *Mapa del Ministerio Público*. A versão atualizada foi publicada no número especial da Revista do Ministério Público Fiscal de 2005. Recentemente, foi publicada outra atualização de 2009 no sítio web institucional.

informação territorial, densidade da população, recursos humanos efetivos e contratados existentes em unidade do Ministério Público, recursos econômicos atribuídos a funcionários e serviços, investimento em aluguel de imóveis, níveis de produtividade de cada dependência, características e tipo de delinquência de cada região, atribuições e competências material e territorial, indicação das distintas leis de criação de cada jurisdição, etc.

A seguir, mostra-se a quantidade e distribuição dos membros do Ministério Público, de acordo com as atribuições e posição na carreira.

CARGO	QUANTIDADE
Procurador Geral da República	1
Membros com atribuição perante a Suprema Corte	4
Membros com atribuição perante a Câmara Nacional de Cassação Penal	4
Membro com atribuição para investigações administrativas	1
Procuradores chefes - investigações administrativas	2
Procuradores da República com atribuições para investigações administrativas	8
Procuradores junto à Procuradoria-geral	12
Procuradores-chefes da Procuradoria Geral	4
Total	36

No **foro Penal da Cidade de Buenos Aires**, contam-se também:

A) Promotores de câmara:

CARGO	QUANTIDADE
Procuradores da República perante a Câmara Nacional de Apelações Criminais	3
Procuradores da República junto à Câmara do Penal Econômico	1
Procurador da República perante a Câmara Federal	1
Procuradores da República adjuntos perante a Câmara Federal	3
Total	8

B) Procuradores da República junto aos Tribunais Orais:

CARGO	QUANTIDADE
Procuradores da República junto ao T. O. Criminal	30
Procuradores da República junto ao T. O. Federais	6
Procuradores da República junto ao T. O. de Menores	3
Procuradores da República junto ao T. O. Penal Econômico	3
Total	42

C) Procuradores da República de primeira instância da Cidade de Buenos Aires:

CARGO	QUANTIDADE
Procuradores da República com atribuições para a instrução	48
Procuradores da República do Correccional	14
Procuradores da República e Procuradores adjuntos	24
Procuradores da República com atribuições para temas relacionados a menores	7
Procuradores da República do Penal Econômico	8
Procuradores da República do Penal Tributário	3
1. Total	104

No interior do país:

CARGO	QUANTIDADE
1. Procuradores da República junto às Câmaras Federais	2. 16
3. Procuradores da República perante o T.O. do Interior	4. 35
5. Procuradores da República de Primeira Instância	6. 70
7. Total	8. 121

A Justiça cível da Cidade de Buenos Aires está composta do seguinte modo:

1. FORO	2. CARGO	3. QUANTIDADE
Civil, Comercial e Contencioso Administrativo Federal	Procurador-chefe	1
	Procuradores de primeira instância	4
Segurança Social	Procuradores-chefes	2
	Procuradores de primeira instância	2
Civil e Comercial	Procuradores chefes	2
	Procuradores de primeira instância	4
Trabalho	Procuradores-chefes do Trabalho	1
	Procuradores do Trabalho	8
1. Total		24

O Ministério Público está representado, assim, por um total de 335 membros lotados juntos às distintas instâncias e foros. A pesquisa revelou a necessidade de reorganizar os recursos, tanto humanos como materiais, para as exigências atuais. Também, permitiu verificar a existência de recursos incompatíveis com a demanda e o tipo de trabalho de determinadas dependências.

Isso também está ligado aos desequilíbrios que provoca a organização do Ministério Público conforme organização do Poder Judiciário. Diante da possibilidade de uma reforma integral incorporar um sistema nitidamente acusatório e critérios de disponibilidade da ação penal pública – como elemento de racionalização dos esforços estatais –, exige-se ação institucional para a distribuição dos recursos humanos e materiais.

A ausência de ferramentas de caráter científico – investigações empíricas, relatórios de avaliação, análise de gestão, indicadores de produtividade, auditorias, incentivos e metas de trabalho – evidencia a falência estrutural do processo de reforma da República Argentina, situação vivenciada por muitos países da região. Por isso, é importante destacar que o autor deste trabalho desenvolveu e implantou projeto de modernização da instituição, aprovado pelo procurador-geral da República, que permitiu a instalação de Rede Informática Nacional do Ministério Público e um software de gestão de casos (FISCALNET) único para todo o país. Tal projeto pretende outorgar mais e melhores ferramentas de medição e

painéis de controle para adequar a planificação estratégica do organismo à realidade do sistema, bem como a possibilidade de contar com estatísticas criminológicas seguras para desenvolver políticas de persecução penal eficazes.¹⁰⁸

Princípios essenciais de atuação do Ministério Público

O Ministério Público possui organização de tipo piramidal, orientada pelos princípios de hierarquia, unidade de atuação, coerência institucional e objetividade. Esses princípios estão estreitamente ligados e fundados na específica missão do Ministério Público no âmbito do processo penal e na particular atribuição de formulador coerente da política criminal e agente responsável pela persecução penal.

Com efeito, o princípio de hierarquia, que está presente desde o primeiro artigo da Lei Orgânica (24.946), tem uma ligação importante e razão de ser com o princípio da unidade, por ser princípio instrumental que assegura a atuação uniforme do Ministério Público. Assim, o citado artigo em sua parte final, indica precisamente que “a organização hierárquica exige que cada membro do Ministério Público controle o desempenho dos inferiores e dos funcionários que o auxiliam e atribui as faculdades e responsabilidades disciplinares reconhecidas nesta lei aos distintos membros que integram a instituição [...]”

A necessidade de estabelecer a unidade e a coerência na atuação do Ministério Público decorre da pretensão de assegurar a igualdade perante a lei, conforme proclama a Constituição Nacional (art. 16). Esse valor, sacrificado no caso dos magistrados pela necessidade de preservar sua imparcialidade, readquire sua virtualidade no exercício da função requerente do Ministério Público. Nas questões jurídicas controvertidas, uma atuação heterogênea por parte dos membros do Ministério Público – com base em suas próprias concepções individuais, talvez até contraditórias –, não conspiraria apenas contra a igualdade jurídica, mas também contra o objetivo de elaborar, de maneira coerente e racional, a política criminal e de persecução penal do Ministério Público.

O princípio de hierarquia não é outra coisa senão a tradução do princípio de dependência, que se concretiza em uma estrutura organizacional vertical e que permite a já mencionada unidade de atuação *ad extra* e a unidade de critérios *ad intra*. A unidade surge da adoção de critérios unitários de atuação que, por sua vez, são seguidos pelos membros que integram a organização.

108 Sobre o desenvolvimento e implantação do projeto consultar *Informe Anual do Ministério Público Fiscal*, ano 2009, *Informe da Secretaría General de Coordinación Institucional*, pag. 153, publicado em www.mpf.gov.ar

A respeito da dependência, é importante destacar o alcance que representa a reforma constitucional de 1994, já que esse princípio deve ser analisado sob dois pontos de vista:

a) Dependência externa, em que se observa que tanto o art. 120 da C.N. quanto, posteriormente, o art. 1º da Lei Orgânica, eliminam toda possibilidade de dependência em relação a quaisquer dos outros poderes do Estado. Essa máxima se cristalizou na última das normas mencionadas quando diz que “exerce suas funções com unidade de atuação e independência, em coordenação com as demais autoridades da República, mas sem submissão a instruções ou diretivas emanadas de órgãos alheios a sua estrutura [...]”

b) Dependência interna, em que os princípios e as normas enunciadas anteriormente indicam que os membros devem acatar as ordens ou instruções dadas por seus superiores, mas, precisamente, o limite desse dever de obediência está no art. 31 da L.O.

Também se deve acrescentar a limitação que surge do aforismo francês “*si la plume est serve, la parole est libre*”, consequência do princípio de imediação, segundo o qual apenas aqueles que realmente intervieram no debate oral e público estão vinculados nas alegações finais – nos chamados “relatórios finais” ou “alegações” –, com base no material probatório. Por isso, o membro hierarquicamente superior não poderá dar instruções ao inferior se ele não participou da instrução (MAIER, 2003, p. 340).

Se a sua discrepância está baseada na ilegalidade da ordem, também deverá comunicá-lo à máxima autoridade do organismo. No entanto, como se pressupõem a validade e a legitimidade das ordens dadas pelos superiores, nas hipóteses em que o ato processual esteja sujeito a prazo e para efeitos de não gerar uma situação irremediável, impõe-se seu cumprimento em “nome do superior”. Se ele consistir em ato de omissão, a atuação será sob a exclusiva responsabilidade do superior hierárquico (HUARTE PETITE, 2002, p. 28-45). Todavia, se a ilegalidade da ordem é grave e evidente, poderia desobedecê-la (ROXIN, 2000, p. 52; MAIER, 2003, p. 338).

Com efeito, essa norma, ainda que flexibilize o princípio de hierarquia e, em consequência, a dependência funcional, fortalece a transparência e a qualidade das decisões que se adotam internamente, já que representa barreira diante de possíveis abusos ou decisões erradas.

Observa-se que a redação do art. 31 apresenta algumas inexatidões, visto que no caso das ordens emitidas pela máxima autoridade do órgão não está prevista a possibilidade de revisão. Além disso, deve-se observar que a limitação ao princípio de obediência está restringida à existência de “instruções ilegais” quando isso parece ser óbvio se se leva em conta

que nenhum funcionário público pode executar atos contrários à lei sem assumir as consequências de sua responsabilidade penal e administrativa, especialmente em se tratando de instituição cuja principal missão é a promoção da justiça em defesa da legalidade e dos interesses gerais da sociedade.¹⁰⁹

Pode-se afirmar, então, que uma interpretação sistemática impõe ampliar o conceito do que pode ser considerada ordem “improcedente”, como o faz o art. 27 do Estatuto Orgânico do Ministério Público espanhol. Dessa maneira, o membro que recebe instrução não deve avaliar a ordem recebida à luz da legalidade, mas em função de qualquer outro motivo que torne essa ordem improcedente. Assim, esse caráter de “procedência” da instrução torna-se um atributo qualificado da autonomia funcional que apregoa o art. 1º da Lei Orgânica argentina, não apenas a respeito da instituição em geral, mas também de cada um de seus integrantes.

Jiménez-Villarejo sintetiza corretamente essa noção ao apontar que as ordens e os requerimentos devem ser avaliados à luz não apenas da legalidade, mas também de todos os princípios que devem orientar a atuação do MPF, a imparcialidade com seus conteúdos de objetividade e independência, a obrigatoriedade no exercício da ação penal, a defesa do interesse público, a satisfação do interesse social e outros princípios e deveres cujo cumprimento é inescusável e que excluem o princípio de oportunidade na persecução penal ou de “critérios que, sendo formalmente conformes ao direito, favorecem ou prejudicam determinadas pessoas com infração dos deveres do Ministério Público ou dos princípios de justiça material” (JIMÉNEZ VILLAREJO, 1995, p. 11).

A possibilidade dessas objeções reconduz à possibilidade de revisão das ordens ou diretrizes – as quais, no caso argentino, remetem à intervenção do chefe máximo das instituições, conforme o caso – mas que não prevê tal recurso, tratando-se de ordens originadas nas respectivas chefias. Nessa hipótese, seria conveniente instituir instância, ao menos consultiva, na forma de um Conselho de membros do Ministério Público ou de Defensores Públicos (HUARTE PETITE, 2002, p. 44).

Essa opção é adotada pela Espanha quando se trata de medidas que tendem a manter a unidade de critérios, ao estabelecer um sistema que permite ao procurador-geral ou ao promotor chefe considerarem a opinião dos membros sob sua direção na hora de estabelecer esses critérios, mediante a formação das “Juntas de Fiscalías”. Nelas, os acordos da maioria

¹⁰⁹ Um exemplo desse tipo de conflitos é o comentado por Gustavo Bruzzone em relação aos processos administrativos iniciados contra os procuradores da República, Ibarra, de Capital Federal e, Cañón, de Bahía Blanca, por desobediência à instrução recebida de seus superiores ao questionar a constitucionalidade dos decretos presidenciais que indultaram condenados e processados da ditadura militar (BRUZZONE, 1997, p. 199).

têm caráter de relatório, prevalecendo após o livre debate o critério do chefe. Contudo, conforme o art. 24 do Estatuto Orgânico, se a opinião da maioria for contrária à decisão do chefe, ela deverá ser submetida à decisão do superior hierárquico. E, no caso procurador-geral, essa instância consultiva está representada pelo *Consejo Fiscal* ou pela *Junta de Fiscales de Sala*.

Também foi a opção escolhida pelo Projeto de Lei Orgânica, de Julio Maier, que em seu art. 114, indicava que o membro que recebesse instrução que considerasse contrária à lei deveria comunicá-la a quem emitiu a instrução, em relatório fundamentado. Este último, se insistisse na legitimidade da instrução, deveria enviá-la junto com a objeção ao superior hierárquico imediato no serviço, que deveria decidir. Para isso, poderia ouvir uma junta sob sua direção ou, em casos complexos, solicitar estudo da Secretaria Técnica (MAIER, 2003, p. 341).

O princípio da unidade e o princípio da hierarquia estão inseridos em um sistema de “pesos e contrapesos”, que tenta conciliar a “unidade de critério” que o Ministério Público deve manter, com a diversidade legítima de critérios de cada um de seus membros. Por isso, essas instâncias, ainda que meramente consultivas, permitem, basicamente, estabelecer equilíbrios internos destinados a controlar a concentração de faculdades decisórias nas mãos das máximas autoridades do Ministério Público, ao tempo em que constituem, sem dúvidas, um elemento que enriquece a decisão final, porque ela se nutre dos diversos critérios e enfoques acrescentados ao problema.

É necessário destacar que o princípio de unidade é uma das principais contribuições realizadas pelo Direito francês à teoria do Ministério Público por meio de seu conhecido axioma: o *Ministère Public est un et indivisible*, reproduzido na L.O. do MPF argentino, art. 1º, ao apontar que esse organismo “exerce suas funções com unidade de atuação e independência [...]”. Esse modelo, adotado também em praticamente todos os países da Europa, exceto Portugal e Itália, pode ser considerado a partir de dois aspectos: o orgânico e o funcional.

Do ponto de vista orgânico, a unidade do Ministério Público significa que a instituição é considerada um organismo único e indivisível, de modo que existe um só Ministério Público. Essa unidade orgânica tem consequências políticas, na medida em que permite sua clara distinção do restante dos poderes do Estado e, especialmente, diferenciar-se da unidade jurisdicional, precisamente porque a unidade orgânica do Ministério Público se traduz em unidade de atuação incompatível com a independência que caracteriza o exercício individual do poder jurisdicional que possui cada membro do Poder Judiciário.

Do ponto de vista funcional, a unidade relaciona-se à obrigação de garantir a atuação homogênea e coordenada de todos os membros da instituição, na sua dupla dimensão: unidade *ad extra* e unidade *ad intra*. Em razão da primeira, os cidadãos devem perceber claramente que todos os membros do Ministério Público desempenham suas funções mediante uma interpretação harmônica das leis. Portanto, a defesa de seus direitos obedecerá a critérios uniformes, que manifestem claramente que o princípio de igualdade diante da lei responde a essa interpretação uniforme. De outro lado, a unidade *ad intra*, exige que a organização do Ministério Público responda a critérios de hierarquização, única via para assegurar a unidade de atuação.

O interessante de tudo isso é determinar o fundamento jurídico desses princípios, especialmente do princípio de unidade, além de a unidade ser consequência da missão constitucional do MPF de promover a justiça e de defender a legalidade, que exige que um grupo de funcionários, à margem de seu critério pessoal, atue em forma colegiada e de acordo com critérios estabelecidos institucionalmente. Por isso, pode-se concluir que o princípio de unidade de atuação não somente assegura a atuação uniforme e previsível no exercício da ação pública, mas também torna esse exercício um dos contrapesos que tendem a equilibrar o funcionamento do sistema jurídico. Dado que, diante da difusão característica da função judicial e levando em conta que a aplicação do direito deve estar orientada no sentido da efetividade dos valores superiores do ordenamento jurídico, parece acertado que o órgão encarregado de transladar processualmente o interesse público e social ao Judiciário funcione com unidade de critério. Ainda, que esses critérios sejam estabelecidos com base nas linhas gerais de atuação ditadas pelo órgão politicamente responsável. Essa garantia adquire maior relevância tendo em vista a adoção de critérios de oportunidade, que aumenta o âmbito de discricionariedade do Ministério Público.

Na atuação do Ministério Público deve prevalecer o *princípio de objetividade*, em virtude do qual sua função requerente deve estar encaminhada não apenas para lograr esclarecer os delitos e formular uma acusação, mas também e especialmente, para descobrir a verdade, obter a realização do valor justiça e, nessa direção, propiciar todas aquelas medidas de prova que sejam necessárias para esse objetivo, o que inclui a possibilidade de apelar a favor do acusado.

O membro do Ministério Público não é parte, e por isso não deve reunir provas unilateralmente contra o acusado, mas deve investigar também as circunstâncias que conduzam à absolvição (ROXIN, 2000, p. 53; BAUMANN, 1986, p. 55). É um órgão de justiça que persegue essa satisfação, e não apenas o castigo inexorável do acusado. Daí que também exerce a ação

penal quando busca a absolvição (CLARIÁ OLMEDO, 1984, p. 22; VÉLEZ MARICONDE, 1981, p. 251).

Por esse motivo, o art. 71 do CPPN é aplicável ao Ministério Público na maioria das hipóteses previstas de suspeição e de recusa dos juízes, buscando-se garantir que a intervenção ministerial seja alheia às paixões ou interesses das partes ou do objeto do processo (ROXIN, 2000, p. 56). Em síntese, readquiriram valor as palavras de Carrara quando indica que “os principais deveres do Ministério Público são a imparcialidade e a frieza e, sobretudo, que ele deve ser cauto para não confundir o zelo pela condenação com o zelo pela justiça” (CARRARA, 1971, p. 341).

Por tudo isso, o balanço harmônico dos princípios da unidade, da hierarquia e da objetividade converge na possibilidade de dotar a instituição de uma política coerente, tanto no nível de gestão quanto na definição de metas e objetivos institucionais. Essa coerência institucional não deve estar circunscrita ao âmbito interno, mas, além disso, como formulador da política criminal e de persecução penal do organismo, necessariamente, deve equilibrar-se com os objetivos traçados pelos outros poderes do Estado, especialmente com o Poder Executivo e o Legislativo, conforme disposição constitucional (art. 120 da CN). É inegável que o estabelecimento de uma política criminal no nível nacional requer, necessariamente, pontos de consenso entre o Ministério de Justiça, o Ministério Público e os demais operadores do sistema penal. Sem isso não seria possível sustentar uma linha de gestão de acordo com a obrigação que, nessa matéria, pesa sobre o Estado.

Finalmente, cabe destacar a importância da obrigação de velar “pelos interesses gerais da sociedade”. O primeiro ponto consiste em determinar se o interesse geral da sociedade é algo que, por pertencer a todos os cidadãos, deixa de ser de cada um individualmente e, portanto, passa ser de exclusiva incumbência do Estado. Ou, por se tratar de algo valioso individualmente, torna-se do interesse de todos e, por conseguinte, deve ser protegido pelo Estado, mas sem deixar de ser de cada um.

A primeira hipótese poderia limitar a função do Ministério Público como representante do interesse estatal, e não como representante da sociedade. Como aponta Cafferata, se se aceita que o interesse defendido pelo Ministério Público é o interesse “geral da sociedade” apenas porque é o interesse geral de cada um de seus integrantes, nunca se deixará de lado o perfil funcional de agente público a serviço do cidadão que vê afetado seu direito ou interesse real pela prática de um delito, independentemente de ter confiado ao Estado a sua proteção, o que não significa que tenha renunciado a seus direitos em favor do Estado (CAFFERATA NORES, 1998, p. 63).

Essa posição sugere mais aproximação entre o Ministério Público, a vítima e, em geral, as organizações da sociedade civil, para que a percepção desses interesses individuais – que, em sua maior parte, acabam convertendo-se em interesse geral da sociedade – não seja produto da intuição ou da percepção política do funcionário do momento, mas da interação e da abertura de canais de comunicação com a sociedade no nível de diálogo horizontal. Nesse sentido, o Ministério Público deve funcionar como o poder social que Montesquieu não previu em sua divisão tripartite (QUIROGA LAVIÉ, 1994, p. 286).

Isso não impede que na avaliação do amplo espectro que dos interesses da sociedade o Ministério Público, levando em conta a divisão constitucional de funções que vigora no país, considere as mensagens que nesse sentido lhe envie o Poder Legislativo – como poder constitucionalmente representativo da sociedade. Essa interpretação leva a compreender que a defesa da legalidade (entendida como o ordenamento jurídico vigente) e os interesses gerais da sociedade (em grande parte, representados pelas leis sancionadas pelo Congresso) são duas faces da mesma moeda, já que a primeira é a manifestação objetiva da segunda (HUARTE PETITE, 2002, p. 32). Nesse mesmo sentido, Julio Maier, ainda que se referindo à política criminal, apontou que o fruto da tarefa legislativa deve ser entendido como “mensagens” que servem para definir e precisar qual deve ser o critério de atuação dos membros do Ministério Público (MAIER, 1993, p. 175).

Essa reflexão deriva da necessidade de reformular o sistema de persecução penal para que suas metas não se afastem do interesse dos cidadãos e, em particular, das vítimas.

Assim, uma possível estratégia seria assegurar, juntamente com exclusividade da ação penal em poder do Ministério Público, o direito das vítimas de promover a acusação popular ou querela pública, juntamente com o órgão acusatório, ou sob a forma autônoma para aquelas hipóteses de conversão da ação penal pública em privada.

Imperioso refletir sobre o conceito de ação pública em um contexto diferente, no qual se rompa a ficção do Estado-vítima. Como destaca Binder, “a vítima é a vítima, e é discutível, inclusive, se o Estado, pela sua própria natureza, pode ser vítima, ainda nos chamados delitos contra a administração pública” (BINDER, 1997, p. 179). Na mesma direção, talvez essa reformulação do sistema penal leve a outorgar ao Ministério Público ferramentas adequadas para que, em casos específicos, possa oferecer respostas não punitivas, quando elas representam para a vítima – e, obviamente, também para o réu – alternativa para efetiva solução do conflito.

Reconhecendo publicamente que o postulado de reinserção social das penas é uma ficção conceitual, porque não soluciona o conflito subjacente, a Resolução 40.134. de 29.11.85, da Assembleia Geral da ONU, em seu art. 7º, propicia a implementação de espaços de mediação e de conciliação. O Ministério Público deveria colaborar com essa tarefa, precisamente, em defesa do interesse geral que representa e como foi entendido por algumas legislações do país (MARCHISIO, 2008, cap. III).

O Ministério Público em um procedimento de caráter misto

A partir da sanção do Código Processual Penal Nacional, que introduziu o juízo oral e público no final de 1992, mediante o art. 196, outorgou-se aos juízes a faculdade de delegar a direção da investigação preliminar aos membros do Ministério Público, oferecendo-lhes faculdades investigativas, exceto daqueles atos irrepetíveis que pudessem ferir garantias constitucionais (art. 213 do CPPN).

O Ministério Público – que historicamente era um órgão parecerista, vinculado ao Poder Judiciário, foi autorizado a dirigir investigações penais de forma autônoma. Em 1997, por meio da Lei 24.826, foi incorporada a “instrução sumária”, que outorgou ao Ministério Público a investigação de todos os casos de prisão em flagrante em que não fosse necessária a prisão preventiva. Esse procedimento célere substituiu a declaração indagatória¹¹⁰ por uma ata de conhecimento sobre os fatos e a prova material de imputação, com a possibilidade de a defesa apresentar suas alegações ou solicitar a declaração perante o juiz e, assim, passar a um processo comum, com a investigação a cargo do juiz de instrução. A instrução sumária também elimina a necessidade de elaborar o auto de processamento. E, conseqüentemente, depois de uma breve compilação de elementos probatórios essenciais, o Ministério Público deve remeter o processo ao juízo competente no prazo de 15 dias depois de recebidas as informações (MARCHISIO, 2008, Cap.III).

A sanção da Lei Orgânica do Ministério Público (lei 24.946), em 1998, outorgou-lhe a faculdade de iniciar investigações preliminares (art. 26 da LO). Essa ferramenta permite aos membros do Ministério Público, informados da prática de um delito e, ainda, quando não houvesse instruído nenhum sumário, solicitar relatórios, obter prova testemunhal e requerer a colaboração das forças de segurança para comprovar o fato delituoso e, em seu caso, acionar o Judiciário. A imprecisa redação desta norma e sua difícil complementação com um ordenamento processual penal que ainda mantém o juiz como diretor da investigação, deram lugar a muitos inconvenientes, especialmente aqueles associados ao valor probatório das

¹¹⁰ Consiste no primeiro ato de defesa do réu ao ser informado da acusação que lhe é formulada, bem como as provas existentes. Trata-se da primeira oportunidade de defesa, devendo contar com a presença de advogado..

diligências realizadas pelos membros do Ministério Público e aos limites existentes quando essa atividade se desenvolve de forma paralela à instrução do sumário por parte do juiz (MORÍN, 2000, p. 15). Contudo, também representa aumento de faculdades para o Ministério Público.

Um bom exemplo disso são os requisitos exigidos para dar validade às investigações preliminares praticadas com base no citado art. 2º. Cabe lembrar que, oportunamente, a Câmara Nacional no Penal Econômico reconheceu investigação preliminar de quatro meses previamente anulada por juiz de primeira instância, fato significativo da luta por espaços de poder, fato que repercutiu nos meios de comunicação.¹¹¹ A fim de estabelecer uma política clara e transparente a respeito do modo de levar adiante esse tipo de investigações, o procurador-geral da República regulamentou internamente o art. 26 da Lei Orgânica por meio da resolução PGN 121/06.¹¹²

Em 2001, por meio da Lei 25.409, também foi concedido ao órgão acusador o poder de investigar todos os procedimientos com autor ignorado, conhecidos no jargão dos tribunais como “NN”, que atualmente são processados por instância especial, com o objetivo de informatizar todos os fatos denunciados e, assim, determinar modelos comuns de atuação para obter maior índice de esclarecimento.

Finalmente, diante do alarmante aumento de “sequestros relâmpagos” e de “privações ilegais da liberdade”, foi sancionada a Lei 25760, que incorpora o art. 212 bis do Código Processual Penal e outorga ao Ministério Público a investigação direta desses fatos. Também faculta ao Ministério Público realizar buscas domiciliares e determinar interceptações telefônicas em casos de urgência (as quais devem ser posteriormente convalidadas pelo juiz competente), medidas até agora estritamente reservadas ao juiz de instrução (arts. 212 e 213 do CPP). Ao mesmo tempo, prevê-se a possibilidade de redução dos prazos de investigação pela metade.

Desse modo, percebe-se que, apesar de o sistema processual vigente ser um sistema misto, no qual o juiz de instrução é o diretor da investigação, o Ministério Público tem obtido, paulatinamente, maior protagonismo, não apenas pela sua atuação processual, mas também pela sua concepção teórica e pelo seu reconhecimento institucional. Isso acontece em consonância com a tendência geral, percebida nas legislações mais modernas, de acentuar o modelo acusatório, conduzindo ao maior protagonismo do Ministério Público no processo penal (MAIER, 2003, p. 307).

A contrapartida deste avanço institucional é a restrição orçamentária.

111 Sentença da Sala B da Câmara no Penal Econômico da Capital Federal, em causa 49.404, que foi noticiada também no jornal *Clarín* de 15-10-03, p. 44, entre outros meios que veicularam a notícia.

112 Consultar em www.mpf.gov.ar

Apesar do incremento de funções e responsabilidades transferidas do Judiciário ao Ministério Público, não houve aumento dos recursos humanos e econômicos para o órgão responsável pela acusação. Evidente que a longa experiência adquirida pelo Ministério Público em matéria de investigação nos últimos anos lhe proporcionou capacitação suficiente para tornar-se, no marco da futura reforma integral, o condutor de todas as investigações, reservando ao Judiciário a função de custodiar as garantias constitucionais em jogo, regra existente em grande parte das províncias argentinas e, obviamente, nos demais países da região. Nesse cenário, será necessário contar também com critérios de oportunidade ou de disponibilidade da ação penal pública para manter um Ministério Público ágil e eficiente e, assim, não transferir os erros que hoje possui o sistema vigente para o novo esquema.

Ministério Público e Polícia Judiciária

A Polícia Judiciária foi criada em âmbito nacional, mediante a lei orgânica de implementação do “juízo oral e público”, em 1991, mas até o momento não foi implementada efetivamente.¹¹³ A Polícia Judiciária pode ser definida como a instituição pública, dependente do Poder Judiciário, integrada por funcionários hierarquizados que cumprem funções determinadas pela lei, cuja tarefa fundamental é auxiliar os membros do Judiciário e do Ministério Público na investigação e necessidades eventuais no decorrer da instrução penal.

Importante diferenciar a Polícia Judiciária da Polícia de Segurança. Enquanto à primeira compete a função jurisdicional do Estado, à segunda corresponde a função administradora. Consequentemente, ambas as funções devem ser realizadas por órgãos distintos e independentes. A mesma lei que cria a Polícia Judiciária determina que ela se subordina à Câmara Nacional de Cassação Penal, ou seja, ao Poder Judiciário, enquanto a Polícia de Segurança se subordina ao Poder Executivo Nacional. Nesse sentido, não restam dúvidas que, de acordo com a função claramente investigadora e de auxiliar da justiça, a posição institucional da polícia Judiciária como subordinada ao Poder Judiciário da Nação, em princípio, é adequada.

Contudo, a nova hierarquia do Ministério Público (art. 120 da Constituição Nacional), surgida da reforma constitucional de 1994, impõe reexaminar essa posição, já que no momento da sanção dessa lei os membros do Ministério Público integravam o Poder Judiciário. Soma-se a isso a tendência geral de encarregar praticamente todo o trabalho de investigação ao Ministério Público, como é próprio de um sistema acusatório formal. Esse é o motivo pelo qual, hoje, é acertado pensar em uma Polícia Judiciária subordinada ao Ministério Público, e não ao Judiciário.

¹¹³ Art.33 e seguintes da Lei 24.050 de implementação do juízo oral e público, sancionada em 6-12-91 e promulgada parcialmente em 30-12-91.

Cada vez é mais urgente dotar o Ministério Público de policiais especializados em investigação, como também de equipes técnicas de investigação que não estejam subordinadas a outros poderes, como acontece atualmente com o laboratório químico, de vídeo e fotografia, e de espectrometria, todos da Polícia Federal, do corpo de peritos balísticos de Polícia Nacional, etc.

O aumento dos níveis de violência detectado nos últimos anos, especialmente na área metropolitana de Buenos Aires, gerou questionamentos sobre a atuação das forças de segurança. Em parte devido a esse manto de desconfiança e em parte à limitação de recursos dessa força, a Prefeitura Naval e a Gendarmaria (forças militarizadas destinadas principalmente a cuidar das águas e da fronteira da Nação) foram envolvidas nas tarefas de prevenção e de auxiliar da justiça, com o intuito de levar adiante estratégias de prevenção. Contudo, diante desse estado de emergência, ainda não foi suficientemente debatida a necessidade de liberar as forças de segurança das tarefas judiciais e criar um verdadeiro corpo especializado de oficiais instrutores.¹¹⁴

A racionalidade que se pretende outorgar com a futura reforma integral que também pretende incorporar o princípio de oportunidade no âmbito processual deve estar acompanhada da *racionalidade organizativa e operativa*. Nesse sentido, a Polícia Judiciária, ou a polícia em função auxiliar ao Judiciário, é o braço executor que possui o Ministério Público, órgão auxiliar indispensável na realização de uma investigação complexa.

De outro ponto de vista, cabe destacar que a Polícia, como órgão auxiliar da Justiça, também está regida pelo princípio de legalidade, inclusive com maior rigor que os demais operadores do sistema, porque, de acordo com o estabelecido no art. 183 do CPNN, “deve investigar, por iniciativa própria, em virtude de denúncia ou por ordem de autoridade competente, os delitos de ação pública [...]”,¹¹⁵ e nenhuma das manifestações do princípio de oportunidade são aplicáveis à Polícia (ROXIN, 2000, p. 90, BAUMANN, 1986, p. 44 e MAIER, 2003, p. 417).

A Polícia Judiciária tem a tarefa primordial de elaborar o sumário de prevenção (auto de prisão em flagrante) e comunicar o fato ao instrutor¹¹⁶,

114 A exceção da Província de Buenos Aires, onde foi iniciado o trabalho de implementação de instrutores judiciais, mas que por serem insuficientes, necessariamente continua-se acudindo às forças de segurança.

115 Disposição que em termos similares se repete em todos os ordenamentos processuais do país e também nos estrangeiros, por exemplo, no §163 da StPO.

116 Cabe destacar duas Instruções Gerais do Ministério Público Fiscal que delimitam as relações com a Polícia em sua função de auxiliar de justiça: a resolução P.G.N. 63/98, em virtude da qual se requer ao Ministério de Justiça da Nação, à Secretaria de Segurança da Nação, ao Comando-em-Chefe da Força Aérea que as Chefas do Serviço Penitenciário Federal, da Polícia Federal Argentina, a Gendarmaria Nacional, a Prefeitura Naval Argentina, a Direção Geral de Alfândegas e a Polícia Aeronáutica comuniquem às instancias competentes para intervir em fatos ilícitos, conforme o art. 186 1er. Parágrafo do C.P.P.N. A resolução PGN 64/98 refere-se a determinadas cautelas que devem adotar os membros do Ministério Público nas investigações em trâmite.

ponto de partida da persecução penal. Trata-se de atividade inicial da instrução dirigida a promover a ação penal. Portanto, deve estimular a intervenção do órgão jurisdicional. Sobre esse ponto, tem se afirmado que nessa ordem age conjuntamente com o Ministério Público em sua função promotora (CLARIÁ OLMEDO, 1984, p. 546).

Ressalte-se que a persecução penal policial não implica no exercício de ação penal, o qual se inicia na sede judicial, com a iniciativa ministerial correspondente (NUÑEZ, 1988, p. 313). Essa posição foi adotada em diversos procedimentos nos quais foram argüidas nulidades em face da vigência do ordenamento processual em nível nacional, com base no entendimento de que isso estava permitido pelo art. 195 do código, ao apontar que a instrução pode ser iniciada por *requerimento ministerial ou prevenção¹¹⁷ policial*.

A necessidade do requerimento de instrução como ato que deflagra a ação penal, ainda que diante da prevenção policial é a posição considerada mais coerente, em face da exclusividade da ação penal outorgada ao Ministério Público e dos princípios que informam o processo penal (D'ALBORA, 2002, p. 368, DONNA, 1994, p. 186, CLARIÁ OLMEDO, 1984, p. 445, VASQUE ROSSI et alli, 1991, p. 38, MORAS MONN, 1992, p. 157). Evidentemente, a tolerância à prevenção como ato promotor apenas se deve a razões de caráter prático (CLARIÁ OLMEDO, 1984, p. 78).

Pode-se afirmar que o princípio da legalidade é aplicável com mais rigor ainda quanto à atuação da polícia e demais forças de segurança, para suprir a necessidade de ampliar os órgãos do Estado que podem tornar viável o início da investigação e, assim, salvaguardar o interesse público afetado pelo delito.

Finalmente, cabe destacar que para o desenvolvimento de um papel verdadeiramente eficiente do Ministério Público na investigação dos delitos é necessário incorporar uma reflexão profunda sobre a relação entre o Ministério Público e a Polícia no que diz respeito à sua função de investigação.

Como ressaltado, a polícia responde a uma configuração parcialmente ambígua: de um lado, sua função é definida como de natureza administrativa; de outro, insiste-se na função de auxiliar do sistema de justiça. Por isso, é indispensável fortalecer a relação entre o sistema judiciário e o sistema policial, para que a polícia atue de forma discricionária em sua função preventiva, vinculada à manutenção da segurança pública. Mas essa discricionariedade apenas significa que a polícia não requer autorização judicial para cada ato de caráter preventivo. No entanto, sua atuação deve estar submetida à lei e

117 A prevenção policial é a atuação de ofício da Polícia ostensiva em face da prática de um delito. A polícia inicia, assim, a investigação penal, comunicando o Ministério Público e o Juiz competente, os quais requisitarão as diligências probatórias necessárias.

cada desvio deve ser submetido ao controle jurisdicional.

De outro lado, no que diz respeito à tarefa de investigação, uma vez definida de forma clara a prevalência do Ministério Público sobre a instrução preliminar –, caso que, como foi apontado, ainda não possui contorno totalmente claro –, a polícia deve agir estritamente dentro dos limites da ordem dada, sob a direção do Ministério Público e o controle judicial sobre o processo penal.

O ponto de maior debate da relação entre o Ministério Público–Poder Judiciário e Polícia prende-se à função desta diante de um delito em execução, especialmente o bloqueio de uma estrada ou a ocupação de espaços públicos pelos denominados “piqueteiros”, bem como a respeito das medidas urgentes que deveriam tomar as forças de segurança diante de um roubo com a tomada de reféns ou um sequestro extorsivo. Sobre o tema, uma visão muito esclarecedora é a apresentada por Mario Magariño¹¹⁸ na Reunião Anual do Ministério Público de 2005. O autor aponta que a tarefa preventiva, que consiste em evitar a consumação do delito, é, principalmente, de caráter administrativo e pertence, portanto, à esfera das funções exclusivas e excludentes do Poder Executivo Nacional. Seu critério sobre a oportunidade e conveniência no exercício de funções próprias não se encontra compreendido no âmbito normativo de nenhum dos outros poderes do Estado.

Do ponto de vista constitucional, Magariños destaca que a divisão de funções estabelecida pela Constituição Nacional atribui ao Poder Judiciário “o conhecimento e decisão de todas as causas referidas a pontos regidos pela Constituição e pelas leis da Nação [...]”. Define, assim, o alcance da jurisdição. Por isso, citando Germán Bidart Campos, “a administração de justiça como função do poder estatal exercida pelos órgãos judiciais tem um modo preciso e concreto de expressão [...] No Direito constitucional argentino, como princípio, os juízes somente atuam em ‘causas judiciais’ ditando sentenças [...]”. Desse modo, a função judicial requer para seu exercício a existência de um fato consumado que enseje a verificação sobre sua possível subsunção normativa.

Em razão de as competências constitucionais do Poder Judiciário consistirem no conhecimento e na decisão de aplicar a lei a um fato, a polícia, em sua função judicial, deve responder às exigências desse poder, voltadas para obter todos os elementos que permitam o ajuizamento do caso. Assim, pode-se ver que, ainda para a hipótese de fatos ilícitos em execução, é possível diferenciar as incumbências normativas do Poder Executivo e do Poder Judiciário, devendo-se limitar este último a realizar apenas o necessário

118 “El principio de división de poderes frente a la prevención y el castigo de un delito en ejecución” discurso publicado na Reunião Anual do Ministério Público Fiscal da Nação em novembro de 2005.

para o desempenho de seu poder de conhecer e decidir; ou seja, de julgar o fato.

O juiz de instrução tem a faculdade de obter os elementos úteis para verificar a ocorrência do fato e de seus aspectos penalmente relevantes, bem como daqueles que sirvam para provar a autoria (reflexão também extensiva ao Ministério Público). No entanto, não possui nenhuma incumbência normativa para definir a oportunidade, a conveniência e o modo de evitar a consumação de um delito em curso. Essa tarefa preventiva de proteger a ordem pública e a convivência social pacífica corresponde, por disposição constitucional, ao Poder Executivo Nacional.

Considerações finais

À guisa de conclusão, importante apresentar síntese dos temas fundamentais abordados no texto, bem como mencionar as tarefas que o Ministério Público deverá enfrentar em um futuro próximo, buscando o seu aperfeiçoamento institucional.

O processo de consolidação institucional do Ministério Público na Argentina é inequívoco, com a regulamentação dos sistemas de nomeação, capacitação e controle dos membros. Por outro lado, há um longo caminho a ser percorrido do ponto de vista da autonomia financeira e administrativa, em face da dependência do orçamento aprovado pelo Ministério de Economia e pelo Congresso Nacional, impedindo-se a dotação de recursos financeiros para questões operativas que não puderam ser previstas no momento da execução do anteprojeto de orçamento. Soma-se a isso a falta de disponibilidade financeira para atender a outras necessidades, por carecer de “recursos próprios”, ao contrário do que ocorre, por exemplo, com o Poder Judiciário e outras instituições descentralizadas. Inegável o terreno conquistado em matéria de independência funcional para o exercício das funções ministeriais. Porém, nota-se que a independência orgânica, compreendida como a liberdade para conceber a estrutura organizativa própria e elaborar plano estratégico no longo prazo, requer liberdade orçamentária suficiente para alcançar reformas estruturais.

Os êxitos obtidos em matéria de modernização tecnológica, comunicação, treinamento e capacitação dos membros e servidores, bem como a implementação das áreas de apoio da chefia institucional para o cumprimento efetivo dos objetivos institucionais são inegáveis. Contudo, também fica evidenciada a necessidade de reestruturação em face da implementação de um sistema processual penal acusatório, como o que aparentemente sinaliza a consolidação do processo penal moderno. Diante disso, a organização que se espelha no Poder Judiciário manifesta-se obsoleta. Portanto, o trabalho em equipe e a especialização funcional ou

por matéria (tipo de delito) requer estrutura flexível e de acordo com a necessidade de cada caso. Por exemplo, parece inconcebível continuar com a divisão entre categorias de membros da instituição que atuam na instrução do caso e aqueles que atuam na fase judicial, tendo em vista o sistema de audiências orais, desde a etapa de investigação preliminar.

Apesar dos avanços importantes em matéria de gestão, a exemplo do Judiciário, que tem conseguido gerir recursos escassos para atender à crescente demanda, ainda falta redefinir funções quanto às tarefas a serem desempenhadas e à estrutura organizativa dos órgãos que integram o Ministério Público. Não se pode ignorar que os recursos foram otimizados ao máximo, em um marco normativo permitido pela Lei Orgânica 24.946. Assim, foram estabelecidas equipes de trabalho e unidades ou repartições de apoio, com base em critérios de especialização, e foram consolidadas as faculdades investigativas independentes dos membros por meio da regulamentação do art. 26 da Lei Orgânica.

Mas é preciso apontar que um avanço maior sobre o desenho da estrutura e das funções do Ministério Fiscal requer a reforma de seu estatuto básico, e isso somente será obtido com a reforma do ordenamento processual federal. Para avançar ainda mais, há ainda uma tarefa pendente: a definição do sistema de transferência de competências, já que, por sucessivas leis e convênios, foram transferidas competências ordinárias da Capital Federal aos órgãos do Poder Judiciário da cidade autônoma de Buenos Aires. Porém, a reforma processual ainda não foi devidamente concluída, o que seria fundamental para reordenar o futuro sistema de competências que corresponderá à justiça correccional e de instrução da capital federal. Assim, ainda se observam obstáculos para a investigação dos delitos, os quais, por suas peculiaridades, são investigados parcialmente pela Justiça Federal e pela Justiça Penal e Contravencional da cidade de Buenos Aires.

Critica-se, ainda, o sistema de competências do Código Processual Penal da Nação, segundo o qual, de acordo com o delito cometido, a investigação está a cargo dos juízes de instrução ou dos membros do Ministério Público. A única vantagem que pode ser apontada é que, ao ter sido outorgada ao Ministério Público a direção da investigação em alguns casos, evidenciou-se a capacidade investigativa e a preparação da instituição para enfrentar essa missão.

Entre as instituições do sistema de justiça criminal, a Polícia Judiciária é certamente a organização que ainda depende de uma efetiva implementação. Certamente, o propósito não é substituir as forças de segurança que cumprem a função de auxiliar da Justiça, mas investir em equipe de profissionais capacitados para atuar como auxiliares da justiça. O mesmo deveria acontecer com a Polícia Técnica, que deveria ser reforçada

por novos centros de criminalística, subordinados ao Ministério Público.

Quanto à relação entre o Ministério Público e a Polícia, também é importante ressaltar os limites que correspondem a cada um, particularmente no que tange à necessidade de atuar em situações de flagrante delito. Compete às forças de segurança prevenir a prática de delitos e de atuar em situações que comprometam a ordem pública. Assim, ressalte-se a inconveniência da intervenção da autoridade ministerial ou judicial no que diz respeito ao momento e à forma como deve agir a Polícia em situações de flagrância, pois envolvem questões operacionais, para as quais não possuem a preparação necessária. Afinal, ocasionalmente, as forças de segurança deverão ser submetidas ao controle ministerial e judicial.

Em face do que foi analisado, cabe concluir que o modelo atual está esgotado. Foram realizados todos os esforços institucionalmente possíveis. Agora é o momento de promover uma mudança legislativa, de modo a modernizar o sistema de investigação, que, obviamente, deverá vir acompanhada da redefinição dos papéis de juizes, membros do Ministério Público, defensores, policiais e demais operadores jurídicos.

Finalmente, cumpre ressaltar que o esforço realizado pelo Ministério Público a partir dos novos desafios em face do sistema processual misto serviu para a consolidação institucional, o que torna premente a necessidade de dotar a instituição de recursos materiais e humanos para atender às novas funções.

Referências

- ALMEYRA, M. *¿Absolución sin debate? Comentario al fallo do TOC N°7. La Ley*, Buenos Aires, 4/6/01.
- ALSINA, H. *Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*. Buenos Aires: Ediar, 1957.
- BAUMANN, J. *Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: Depalma, 1986.
- BERTONI, E. *El Ministerio Público en el Proceso Penal*. AAVV, Buenos Aires, Ed. Had-Hoc 1993.
- BIANCHI, A. B. *El Ministerio Público o la construcción de un Poder del Estado. El Derecho*, 2002.
- BINDER, A. *Política Criminal. De la formulación a la praxis*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1997.
- BRUZZONE, G. *Las llamadas instrucciones de los fiscales. Revista Pena y Estado*, n. 2, Buenos Aires: Del Puerto, 1997.
- CAFFERATA NORES, J. *Ministerio Público Fiscal: perfil funcional, situación institucional y persecución penal*.
- _____ *Cuestiones actuales del proceso penal*. Buenos Aires: Ed. Del Puerto, 1998.
- CARRARA, F. *Programa de Derecho Criminal. Parte General, Vol. II*. Buenos Aires: Temis-Depalma, 1971.
- CLARIÁ OLMEDO, J. A. *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Tomo II. Córdoba: Lerner, Córdoba, 1984.

- _____ *Tratado de Derecho Procesal Pena*. Tomo III, Córdoba: Lerner, Córdoba, 1984.
- _____ *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Tomo IV, Córdoba: Lerner, Córdoba, 1984.
- D'ALBORA, F. *Código Procesal Penal*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2002.
- DONNA, E. *Código Procesal Penal de la Nación comentado*. Buenos Aires: Astrea, 1994.
- GÓMEZ OBRANEJA, E. *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, T.I, vol. I, Barcelona: Bosch, 1947.
- HUARTE PETITE, A. Las instrucciones en el ámbito del Ministerio Público Fiscal. Su validez constitucional en el marco de autonomía e independencia de sus integrantes. *Revista del Ministerio Público Fiscal*, n. 11, Buenos Aires, 2002, p. 28-45.
- JIMÉNEZ VILLAREJO, C. *Los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica del Ministerio Público*. In: *Libro Blanco del Ministerio Fiscal*, Barcelona, Ministerio de Justicia, 1995.
- JOFRE, T. *Manual de Procedimiento Civil y Penal*. Buenos Aires: La Ley, 1924.
- LOEWENSTEIN, K. *Teoría de la Constitución*. Trad. de Alfredo Gallego Anabitarte, 2ª edición. Barcelona: Ariel, 1976.
- MAIER, J. *Derecho Procesal Penal*, Vol. II. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2003.
- _____. *Derecho Procesal Penal*, vol. II. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2003.
- _____. *Derecho Procesal Penal*, vol. II. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2003.
- _____. *Ministerio Público ¿Un adolescente?* In: GUARIGLIA, F.; RUSCONI, O. El Ministerio Público en el proceso penal. Buenos Aires: Editores del Puerto, 1993.
- MARCHISIO, A. La instrucción sumaria y el juicio abreviado. Buenos Aires, Ad-Hoc, 2008.
- MARCHISIO, A; STIPPEL, J. Principio de oportunidad y salidas alternativas al juicio oral en América latina. Buenos Aires: Had-Hoc, 2002.
- MASNATTA, H. Régimen del Ministerio Público en la Nueva Constitución. *La Ley* 1994, E-878.
- MORÍN, Daniel. Alcance de las facultades de investigación del Ministerio Público en el marco del artículo 26 de la ley 24.946. *Revista La Ley*, 22/9/2000, p. 15.
- MORAS MONN, J. *Manual de derecho procesal penal*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1992.
- NATALE, A. *Comentarios sobre la Constitución: La Reforma de 1994*. Buenos Aires: Depalma, 1995.
- NUÑEZ, R. *Las disposiciones generales del Código Penal*. Córdoba: Lerner, 1988.
- ODERIGO, M. *Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: Depalma, 1973.
- PALACIO, L. *Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1979.
- QUIROGA LAVIÉ, H. *Estudio Analítico de la Reforma Constitucional*. Buenos Aires: Depalma, 1994.
- _____. Nuevos Órganos de Control en la Constitución: el Defensor del Pueblo y el Ministerio Público. In: A.A.VV *La Reforma de la Constitución*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 1994
- ROXIN, C. *Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: Ed. Del Puerto, 2000.
- RUBIANES, C. *Manual de Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: Depalma, 1977.
- SCHMIDT, E. *Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires: Bibliográfica Argentina, 1957.
- VANOSSI, J. El Ministerio de Justicia y el Poder Judicial. *Separata de la Revista Jurídica de Buenos Aires*, 1965-I/II.

VÉLEZ MARICONDE, A. *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Tomo I. Córdoba: Lerner, 1981.

VASQUE ROSSI et alli. *Código Procesal Penal de la Nación*. Santa Fe: Rubinzal – Culzoni, 1991.

A discricionariiedade do promotor de justiça e a transação penal nos Estados Unidos, França, Alemanha e Itália: uma perspectiva comparada¹¹⁹

Yue Ma
Professor da Faculdade John Jay de Justiça Penal (Nova Iorque)

A discricionariiedade dos promotores de justiça é um ponto controvertido nos Estados Unidos. Tanto essa discricionariiedade, essencialmente não sujeita a controle, quanto a forte preponderância do Ministério Público na transação penal há muito são criticadas como inconsistentes com os princípios de imparcialidade, equidade e responsabilidade sobre os quais se funda seu sistema jurídico. Ao levar em consideração uma possível reforma no direito norte-americano, estudiosos e analistas têm apresentado sugestões remetendo-se à experiência de países da Europa continental. No contexto das atividades do Ministério Público, esses reformadores destacam especialmente, nos países de direito continental, o princípio da obrigatoriedade da ação penal e o controle imposto ao exercício da discricionariiedade dos promotores de justiça. Os sistemas jurídicos continentais, contudo, passaram por mudanças significativas nos últimos 20 anos. Este artigo documenta os avanços recentes nas práticas de acusação nos Estados Unidos e em três países de direito continental. Ele traz uma análise comparativa das diferenças entre o sistema de acusação norte-americano e os continentais, explorando as possibilidades de reformar certos aspectos do primeiro aproveitando a experiência destes últimos.

Palavras-chave: *Transação Penal – discricionariiedade – Estados Unidos – Europa Continental*

119 Artigo publicado originalmente com o título de “Prosecutorial Discretion and Plea Bargaining in the United States, France, Germany, and Italy: a Comparative Perspective” na *International Criminal Justice Review*, Volume 12, 2002, p. 22-52. (Copyright by Georgia State University, College of Health and Human Sciences. Reprinted by permission of Sage Publications, Inc.). Traduzido do inglês por Aduino Villela. Revisão e adaptação: Bruno Amaral Machado.

Nos Estados Unidos da América, a discricionariedade do Ministério Público é questão controvertida há muito tempo. Os promotores de justiça, figuras centrais na administração da Justiça Penal, tomam talvez as decisões mais importantes na administração diária da Justiça. Os promotores enfrentam a tarefa de escolher, a partir de uma grande quantidade de leis, qual delas se ajusta melhor aos fatos apresentados pela polícia. A responsabilidade dos promotores, contudo, não se limita a demonstrar sua perícia jurídica em determinar as acusações adequadas para diferentes situações fáticas. Em suas decisões acusatórias, espera-se que levem em consideração um amplo leque de fatores, incluindo a suficiência das provas, a extensão do dano causado pela infração, a desproporção da pena autorizada em relação a um crime ou criminoso específico, a cooperação do acusado para a detenção e condenação de outros e o custo da ação para o sistema de Justiça Penal (AMERICAN BAR ASSOCIATION, 1986).

Dada a natureza complexa de seu processo decisório, reconhece-se que os membros do Ministério Público devam contar com certo grau de discricionariedade. Mesmo os analistas que mais criticam a discricionariedade dos promotores norte-americanos concordam que o poder discricionário, quando exercido de maneira adequada, mais facilita do que atrapalha a causa da Justiça (DAVIS, 1969; VORENBERG, 1981). O que preocupa é a discricionariedade demasiadamente ampla dos promotores que, em essência, não está sujeita a freios. Há mais de 60 anos, o então procurador-geral e depois ministro da Suprema Corte, Robert Jackson, descreveu o promotor de justiça como alguém que tem “mais controle sobre a vida, a liberdade e a reputação do que qualquer outra pessoa nos Estados Unidos” (JACKSON, 1940, p. 18). Jackson advertia que, por haver uma boa probabilidade de que o promotor encontre ao menos uma violação técnica de alguma lei por parte de quase todo mundo, o poder acusatório, se não exercido apropriadamente, é suscetível aos maiores riscos de abuso. Outro analista, Thurman Arnold, também chamou atenção para o grande potencial de abusos acusatórios. Na opinião de Arnold, “a ideia de que o promotor de justiça possa, a seu critério, decidir quais leis aplicará e quais desconsiderará parece, aos cidadãos comuns, beirar à anarquia” (ARNOLD, 1932, p. 7).

A despeito das preocupações levantadas pelos primeiros analistas, nem os Legislativos nem os tribunais, nos anos subsequentes, adotaram medidas sérias para limitar a discricionariedade dos promotores de justiça. Os últimos 30 anos, na verdade, testemunharam uma forte expansão do poder e do prestígio dos promotores de justiça (CURRIE, 1998; GERSHMAN, 1992; WALKER, 1993). Com a transição de um modelo de Justiça Penal orientado para o devido processo para um modelo que enfatiza o controle do crime, e com o surgimento da mentalidade de vencer a “guerra contra o crime” a qualquer custo, em vez de limitar a discricionariedade dos membros do

Ministério Público, os Legislativos concederam-lhes mais poderes ainda (GORDON, 1994). À medida que os Legislativos deram aos promotores armas novíssimas como a Lei de Repressão ao Crime Organizado, as diretrizes de fixação da pena, a Lei de Controle do Crime e Aplicação do Direito, as leis *three-strike* (presentes em alguns estados, segundo as quais a terceira reincidência em crime leva à prisão perpétua ou ao agravamento da pena) e as leis *truth-in-sentencing* (verdade na fixação da pena), os tribunais passaram a colaborar com esse esforço, assumindo uma atitude cada vez mais passiva na supervisão dos promotores de justiça. A expansão dos poderes do Ministério Público, somada ao relaxamento da supervisão judicial, fez do promotor de justiça a figura verdadeiramente mais importante na administração da Justiça Penal nos Estados Unidos. Aqueles que criticam a expansão contínua dos poderes do Ministério Público argumentam que o atual alcance dessa discricionariedade é injustificadamente amplo tendo em vista os princípios da imparcialidade, da equidade e da responsabilidade sobre os quais o sistema de Justiça Penal norte-americano se funda, o que cria, segundo eles, um potencial maior do que nunca de abusos (ELY, 1980; GERSHMAN, 1992; OHLIN & REMINGTON, 1993; UVILLER, 1999; VORENBERG, 1981).

Nos debates sobre a conveniência e o modo de limitar a discricionariedade dos promotores de justiça, analistas inclinados à reforma voltaram repetidas vezes sua atenção para as práticas e experiências de países da Europa continental, acreditando que os modelos de direito continental possam oferecer soluções para vários aspectos problemáticos do sistema jurídico norte-americano (DAVIS, 1969; LANGBEIN, 1974, 1977, 1979, 1981; SCHLESINGER, 1977; WEIGEND, 1980). Na década de 1970, enquanto o sistema norte-americano se voltava cada vez mais para a transação penal como forma de solução dos casos, defensores da reforma jurídica falavam com grande admiração da inexistência desse instituto em países de direito continental, sugerindo que o sistema norte-americano fosse reformado segundo o modelo “das nações que não possuem transação penal” (LANGBEIN, 1979, p. 224). Outros analistas, céticos quanto à alegação de que os países continentais conseguiram administrar um sistema harmonioso sem recorrer à negociação da pena, argumentaram que a não existência da transação penal na Europa era mais mito do que realidade. Eles sustentaram que a negociação da pena não era, de forma alguma, um fenômeno norte-americano e que existiam institutos análogos também em países da Europa continental. Segundo seus pontos de vista, os sistemas continentais, em essência, não operavam de forma tão diferente do sistema norte-americano; assim, o ganho a ser auferido pela tentativa de reforma com base em modelos continentais seria pequeno (GOLDSTEIN & MARCUS, 1977). O debate da década de 1970 resultou em poucas conclusões e em praticamente nenhuma reforma.

Desde o início da década de 1990, parece reacender-se o interesse na

experiência estrangeira como fonte de inspiração para a reforma jurídica norte-americana (DUBBER, 1997; FRASE, 1990; FRASE & WEIGEND, 1995; VAN KESSEL, 1992). Contudo, os sistemas jurídicos continentais passaram por mudanças significativas nos últimos 30 anos. No contexto das atividades de acusação, nada ilustra melhor a extensão dessas mudanças do que a emergência da transação penal e a gradual expansão da autonomia dos promotores de justiça. Não obstante, uma análise detida dos sistemas de acusação dos países continentais e dos Estados Unidos revela que, apesar da recente expansão da autonomia dos promotores nos países de direito continental, o Ministério Público norte-americano ainda se destaca de forma virtualmente única quanto à sua discricionariedade extraordinariamente ampla e em grande parte livre de freios. Embora a transação penal tenha emergido em países de direito continental, continua sendo característica exclusivamente norte-americana o fato de promotores contarem com um domínio tão grande do processo transacional a ponto de conseguirem extrair confissões dos réus pressionando-os fortemente. É nesse contexto que os modelos continentais podem ainda oferecer lições valiosas para direcionar possíveis reformas no sistema norte-americano.

Este artigo busca oferecer aos leitores uma análise comparada das práticas acusatórias existentes nos Estados Unidos e em três outros países da Europa continental. Os três países europeus incluídos neste estudo, França, Alemanha e Itália, são tradicionalmente vistos como países importantes na tradição do direito continental (MERRYMAN, 1985; ZWEIGERT & KÖTZ, 1987). A escolha desses três países justifica-se ainda pelo fato de comparatistas, na maioria dos casos, incluírem procedimentos penais destes países em suas análises sobre as possibilidades de reforma jurídica nos Estados Unidos (DAVIS, 1969; GOLDSTEIN & MARCUS, 1977; LANGBEIN, 1974, 1977, 1979, 1981; WEIGEND, 1980). Discutir as práticas de acusação desses países fornece, assim, um bom ponto de referência para leitores norte-americanos. Este artigo apresenta aos leitores os avanços recentes tanto nos Estados Unidos quanto nos três países continentais, tais como a ampla expansão dos poderes da acusação nos Estados Unidos e as várias formas de transação penal nos países europeus em questão. Será conferida atenção especial às diferenças entre as práticas de acusação desses países e aos aspectos que o sistema norte-americano pode tomar emprestado aos sistemas continentais.

A discricionariedade dos promotores e a transação penal nos Estados Unidos

No cerne do poder dos promotores de justiça norte-americanos encontram-se a denúncia e a transação penal. A primeira obrigação formal de um promotor é determinar se um réu deve ou não ser denunciado por um crime e, em caso positivo, qual denúncia será oferecida. Mas o que torna os promotores norte-americanos figuras tão poderosas na administração da Justiça não é o poder de denunciar ou deixar de denunciar, mas, antes, o poder de não prosseguir com a ação mesmo em face de provas suficientes. O poder absoluto de extinguir uma ação penal remonta à antiga doutrina do *nolle prosequi* do *common law*. Embora o poder do seja normalmente justificado com o fundamento de que a discricção do promotor de justiça para não agir é uma forma de clemência, analistas há muito advertiam que o poder de ser clemente é o poder de discriminar. Por meio de decisões quanto a denunciar ou não e quais acusações fazer, o Ministério Público detém o poder de decidir quem enfrentará os custos, a ansiedade e o constrangimento de um processo penal e quem sofrerá a principal forma de castigo social. Do exercício inapropriado da discricção quanto a ser ou não clemente podem facilmente advir injustiças (DAVIS, 1969; VORENBERG, 1981).

Embora a discricionariade dos promotores para aplicar o direito seletivamente seja muito criticada, ela foi repetidas vezes sustentada por tribunais de segunda instância. A relutância do Judiciário em se imiscuir na autoridade acusatória dos promotores talvez possa ser mais bem explicada pelo ex-juiz do Tribunal de Recursos dos Estados Unidos no Distrito de Colúmbia e posteriormente ministro-presidente da Suprema Corte dos Estados Unidos, Warren Burger. Burger declarou que “poucos assuntos são menos passíveis de reexame judicial do que o exercício, pelo Executivo, de sua discricionariade ao decidir sobre o momento e a necessidade de instaurar processos criminais, ou sobre qual denúncia apresentar, ou sobre a continuidade ou extinção de uma ação instaurada” (Newman v. United States, 1967, p. 480). Hoje, com mais de 90% das ações penais sendo encerradas por meio de confissões judiciais no sistema norte-americano, o retrato mais completo do poder discricionário do Ministério Público talvez possa ser visto no processo da negociação da pena.

Trinta anos atrás, quando a Suprema Corte dos Estados Unidos reconheceu a legalidade da transação penal, ela justificou a aceitação desse instituto em grande parte com razões econômicas. A Corte raciocinou que “se todo crime denunciado fosse submetido a julgamento completo, os estados e o Governo Federal precisariam multiplicar muitas vezes o número de juizes e de instalações judiciárias”. Com base nessa preocupação, a Corte descreveu a transação penal como “um componente essencial da administração da Justiça” e julgou que “bem administrada, ela deve ser encorajada” (Santobello v. New York, 1971, p. 261). Embora justificasse a negociação da pena com razões econômicas, a Corte considerava também que o processo

transacional seria um processo justo de concessões mútuas. A Corte partia do princípio de que o réu, representado por advogado e protegido pelas salvaguardas processuais, seria capaz de “fazer uma escolha inteligente em resposta à persuasão da promotoria” (Bordenkircher v. Hayes, 1978, p. 363). Os analistas, contudo, notaram rapidamente que, no processo de negociação da pena, havia um desequilíbrio radical. Eles apontaram que a transação penal está longe de ser um processo pelo qual os réus chegam a acordos consensuais com os promotores após negociações entre partes iguais. Os réus, em muitos casos, devem simplesmente escolher entre confessar a culpa e conseguir o perdão judicial, por um lado, ou ir a julgamento e correr o risco de receber uma pena muito mais severa, por outro. Esses estudiosos, assim, caracterizaram a transação penal como uma determinação unilateral, por parte do promotor, do nível de culpabilidade penal dos réus e da pena apropriada para os mesmos (ALSCHULER, 1983; GIFFORD, 1983).

Se as condições estavam ligeiramente mais favoráveis para os promotores quando a Corte primeiro sancionou a prática, três décadas atrás, hoje, com o poder acusatório bastante expandido, a desigualdade inerente do processo transacional apenas se intensificou, tornando a ideia da negociação em pé de igualdade entre defesa e acusação quase obsoleta (GERSHMAN, 1992; UVILLER, 1999). Embora a transação penal seja agora a forma mais comum de resolver ações penais, a jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos não desenvolveu limites constitucionais claros para o processo de confissão judicial. A Corte, em princípio, considera o padrão básico de voluntariedade para aceitar confissões judiciais. Ela julga que a confissão, se compelida pelo governo, é inconstitucional por violar a proteção da Décima Quinta Emenda contra a autoincriminação (Brady v. United States, 1970). Ela julga ainda que punir um réu pelo exercício de seus direitos individuais consiste no “tipo mais básico de violação do devido processo legal” (Bordenkircher v. Hayes, 1978, p. 363). No contexto da transação penal, contudo, a Corte colocou pouquíssimos limites aos tipos de incentivo que os membros do Ministério Público podem usar para obter confissões judiciais. Atualmente, os promotores de justiça, com seus poderes bastante expandidos, têm mais força que nunca para impor a transação penal e para forçar uma cooperação. O problema fundamental levantado pela atual prática transacional é que, com os promotores detendo o poder de coagir réus a confessar a culpa acenando-lhes com penas draconianas caso não cooperem, torna-se altamente questionável se as confissões acordadas podem ser vistas como verdadeiramente baseadas na voluntariedade.

A natureza coercitiva da transação penal norte-americana encontra-se bem ilustrada pelas diversas táticas que os promotores de justiça podem adotar no processo de negociação da pena. Uma tática usada com frequência pelos membros do Ministério Público para aumentar sua influência na transação

é a “*sobreacusação*” (overcharging). Sobreacusação é um termo ambíguo que pode incluir decisões acusatórias tanto lícitas quanto ilícitas, porém, eticamente inadequadas. Ao tomar uma decisão de acusação, os promotores devem atender ao critério legal básico de que as denúncias apresentadas sejam fundadas na materialidade do crime e em indícios suficientes de sua autoria (Bordenkircher v. Hayes, 1978). Contudo, os promotores podem deliberadamente apresentar denúncias que não se sustentem em indícios suficientes como estratégia transacional. Essa estratégia, apesar de ilícita, pode ser bem sucedida. Uma vez que o direito norte-americano não obriga os promotores a dar vistas de seus articulados completos à defesa, esta pode bem ficar no escuro quanto à verdadeira força das provas do Ministério Público contra o réu.

Denunciar réus por crimes sem indícios suficientes de autoria é claramente ilícito, mas uma questão mais difícil é saber se todas as decisões de denunciar que são baseadas em indícios suficientes deveriam ser consideradas adequadas. Juridicamente falando, as decisões acusatórias dos promotores não violam a lei desde que as denúncias sejam sustentadas por indícios suficientes. Na realidade, contudo, se a meta de apresentar denúncias for garantir condenações no julgamento, nenhum promotor cauteloso e responsável acusaria um réu por crimes que fossem sustentados apenas por indícios. O promotor de justiça deve estar seguro de que as provas sejam fortes o bastante para atender ao padrão de prova além de dúvida razoável, também conhecido como prova plena ou real. Mas os promotores podem decidir incluir na denúncia acusações que sejam sustentadas apenas por indícios a fim de ganhar vantagem na transação penal. Uma vez que os promotores norte-americanos gozam literalmente de poderes ilimitados para descartar acusações em estágios posteriores, eles nunca têm que passar pelo constrangimento de não conseguir prová-las no julgamento. Eles podem descartar as acusações fracas e chegar ao julgamento apenas com aquelas que sejam sustentadas por provas mais fortes. Levando em consideração que os promotores têm o compromisso ético de “buscar justiça, não apenas condenar” (AMERICAN BAR ASSOCIATION, 1986, p. 3.6), apresentar acusações múltiplas com a intenção de compelir uma transação penal, embora não seja ilícito, parece violar o dever ético de não serem meros advogados tendenciosos.

Além das acusações múltiplas, outra arma poderosa à disposição dos promotores é a prática de denunciar os réus com base em leis que agravam a pena. Essas leis autorizam penas maiores para criminosos com condenações anteriores ou em cujos crimes cometidos estavam presentes circunstâncias agravantes. Caso seja condenado com base nessas leis, o réu não poderá escapar às penas mínimas por elas cominadas. Os promotores, porém, valendo-se de sua discricionariedade, podem incluir na denúncia crimes que

ativariam o agravamento. A liberdade de denunciar ou não com base em leis que agravam as penas fornece aos promotores uma ferramenta poderosa para pressionar um réu a aceitar os acordos que desejam.

A capacidade dos promotores de justiça de influenciar na pena aplicada aos réus fica ainda mais fortalecida pela adoção de diretrizes federais e estaduais de fixação da pena. Diretrizes de fixação da pena têm o propósito de reduzir a discricionariedade dos juízes na fixação da pena evitando-se, assim, disparidades. Essas diretrizes, contudo, praticamente não resolveram o problema da disparidade entre as penas fixadas. Embora tenham reduzido consideravelmente a discricionariedade dos juízes na fixação da pena, essas diretrizes nunca tentaram restringir as decisões de acusação dos promotores de justiça. A tomada de decisão dos promotores acerca de denunciar ou não e, em caso positivo, qual denúncia apresentar tornou-se, assim, o fator crucial na determinação das penas dos réus.

Um dos aspectos mais perturbadores das diretrizes de fixação da pena é a concessão de poderes à promotoria para requisitar que os réus sejam punidos por crimes pelos quais não foram condenados. De acordo com a maioria das diretrizes de fixação da pena, os promotores têm permissão para introduzir, na fase de fixação da pena, crimes bem mais graves, porém não provados, a fim de aumentar a pena dos réus. Uma vez que no estágio de fixação da pena os tribunais seguem um padrão mais indulgente ao decidir se crimes não provados deveriam ser admitidos como fator determinante das penas dos réus, os promotores podem usar a tática de denunciar crimes dos quais estão certos que os réus serão condenados e reservar as acusações mais fracas, mas possivelmente mais graves, para serem introduzidas nas audiências de fixação da pena como agravantes para aumentar a pena dos réus. Valendo-se dessa tática, os promotores de justiça muitas vezes conseguem impor aos réus penas muito mais graves do que as cominadas para os crimes pelos quais os réus foram condenados.

O aumento do poder acusatório pode ser visto também no efeito da “federalização” do crime. Nas últimas décadas, o governo federal passou a se envolver cada vez mais na regulamentação da conduta criminal, algo tradicionalmente considerado assunto dos estados. O maior envolvimento federal na Justiça Penal criou uma ampla área de competência federal e estadual coincidente. Essa competência dual é bem ilustrada pela área das drogas ilícitas. Uma vez que as penas cominadas por leis federais para crimes semelhantes são em geral mais graves, a simples perspectiva de ser processado no sistema federal, em vez do estadual, constitui forte ameaça para os réus.

Para ser justo com o Ministério Público, como os Legislativos

criaram novos crimes sem prover os recursos necessários para julgamento e punição de todos que poderiam ser condenados, os promotores viram-se cada vez mais forçados a alocar recursos exercendo sua discricção para decidir entre denunciar e oferecer clemência em troca de confissões judiciais. A negociação da pena, sem dúvida, desempenha um papel importante para preservar os limitados recursos da Justiça Penal. Todavia, visto que o direito do qual os promotores tentam convencer os réus a abrir mão é um direito constitucionalmente protegido, qual seja, o direito ao julgamento, é bastante razoável insistir que seja feito o máximo possível para assegurar que a negociação da pena seja um processo justo e imparcial. Dificilmente seria possível dizer que a atual prática de conceder poderes tão amplos aos promotores para compelirem confissões de culpa e forcarem a cooperação dos réus atenda a esse padrão de imparcialidade. Permitir que os promotores ameacem os réus com a diferença enorme que existe, no momento da fixação da pena, entre admitir culpa e seguir a julgamento serve apenas para destacar a discrepância entre promessa e realização no sistema de Justiça Penal norte-americano e sua hipocrisia vis-à-vis o direito garantido pela Constituição dos Estados Unidos a um julgamento pelo júri.

O poder do Ministério Público, ainda que amplo, não é totalmente irrestrito. Há muito a Suprema Corte dos Estados Unidos julgou que o exercício da discricionariedade dos membros do Ministério Público está sujeito a restrições constitucionais. A primeira vez em que a Suprema Corte abordou a questão da acusação seletiva foi em sua decisão seminal em *Yick Wo v. Hopkins* (1886). Nessa ação, a Corte anulou a condenação de Yick Wo, denunciado por administrar uma lavanderia em situação irregular, com base no exercício impróprio da discricionariedade da acusação. Uma portaria da cidade de São Francisco proibia o funcionamento de lavanderias em prédios de madeira sem o consentimento do Conselho Municipal. Em geral, o Conselho concedia alvarás a requisitantes brancos, mas não aos chineses. Ao invalidar a decisão do promotor, a Corte declarou que, ainda que a lei seja justa e imparcial, caso ela seja “aplicada e administrada por uma autoridade pública tendenciosa e de má-fé, de modo a discriminar na prática entre pessoas que se encontram em circunstâncias semelhantes, no que diz respeito a seus direitos, a negação da igualdade perante a lei encontra-se ainda dentro do que proíbe a Constituição” (*Yick Wo v. Hopkins*, 1886, pp. 373-374). Em ações posteriores, contudo, a Corte deixou

claro que nem todas as formas de acusação arbitrária encontram-se proibidas pela Constituição. A Constituição proíbe acusação seletiva baseada em fundamentos como raça, gênero, religião e o exercício dos direitos da Primeira Emenda (Oyler v. Boles, 1962; Wayte v. United States, 1985).

Embora a Corte moderna ainda sustente que é proibido aos promotores instaurar ações penais baseadas em fundamentos vedados pela Constituição, ela estabeleceu um limiar probatório elevado para se provar o exercício impróprio da discricionariedade da promotoria. A Corte moderna assume a posição de que o mero efeito discriminatório não é suficiente para demonstrar uma violação constitucional. Para sair vencedora numa alegação fundamentada na isonomia jurídica, a parte deve apresentar provas que demonstrem um propósito discriminatório (*Washington v. Davis*, 1976). Ao contestar o exercício impróprio da discricionariedade do Ministério Público, o réu deve, portanto, demonstrar que o promotor tinha uma motivação não admissível. Os problemas envolvidos em demonstrar tal motivação são enormes. Um promotor raramente admitiria que sua decisão de apresentar denúncia foi baseada em fundamentos vedados pela Constituição. A Corte por enquanto reluta em disponibilizar outros meios para que os réus provem as motivações dos promotores de justiça. A recente decisão da Corte em *United States v. Armstrong* (1996) traz o melhor exemplo para ilustrar a dificuldade que ela própria criou para que os réus tentem apresentar provas assim.

O caso *Armstrong* envolve a contestação de uma decisão da promotoria baseada em raça. Os réus em *Armstrong* eram todos negros e foram indiciados por porte de crack e de armas. Os réus interpuseram pedido de exibição de provas, alegando que haviam sido imprpropriamente selecionados para serem processados na Justiça Federal por causa do crack. Com base em estatísticas demonstrando que não-negros estavam sendo processados de forma desproporcional em foros estaduais, nos quais as penas são mais brandas, os réus buscaram uma ordem judicial para obrigar o Ministério Público Federal a exibir informações relevantes a respeito da acusação seletiva em casos de crack. O juízo de primeira instância julgou procedente o pedido, mas a Suprema Corte dos Estados Unidos reformou a decisão.

Ao cassar a decisão que determinou a exibição de provas, a Corte declarou a necessidade de instituir uma “barreira substantiva” para provar alegações de seletividade na acusação. A Corte julgou que, antes de se exigir dos promotores de justiça que atendam a um pedido de exibição de provas a respeito de acusação seletiva, os réus devem atender ao requisito inicial de demonstrar de maneira crível que há uma diferença de tratamento de pessoas em situação semelhante. A Corte fundamentou seu julgamento na

separação de poderes entre Executivo e Judiciário e no interesse em facilitar a aplicação efetiva da lei. A Corte argumentou que a deferência judicial à discricionariedade dos promotores servia ao propósito de evitar atrasos desnecessários nos processos penais e de proteger a acusação de ser forçada a revelar suas estratégias.

A sentença em *Armstrong* coloca obstáculos a serem superados pelos réus. Caso queiram requisitar a exibição de provas pela acusação, os réus devem antes demonstrar com provas críveis que pessoas em situação semelhante não estão sendo processadas, mas tais provas normalmente encontram-se disponíveis apenas para a promotoria. Sem acesso a tais provas, pode ser que os réus nunca consigam uma ordem de exibição de provas ou nunca prevaleçam numa contestação de constitucionalidade da decisão da promotoria. Dado o atual entendimento pró-acusação da Corte, não deveria causar espanto o fato de que *Yick Wo* foi a primeira e a única vez em que a Suprema Corte anulou uma condenação com base na seleção imprópria dos réus pelos promotores.

Mas a estipulação de limites probatórios elevadíssimos para réus que pleiteiam a exibição de provas não foi a única medida que a Corte tomou para isolar os promotores da supervisão judicial. A Corte também fortaleceu o poder discricionário do Ministério Público ao relaxar as proteções constitucionais incorporadas na regra de exclusão de provas ilícitas e no princípio do devido processo legal (*New York v. Quarles*, 1984; *Nix v. Williams*, 1984; *United States v. Leon*, 1984) e ao interpretar normas jurídicas e probatórias em benefício da acusação (*United States v. Mezzanatto*, 1995). A postura passiva assumida pela Corte com relação à supervisão do comportamento dos órgãos do Ministério Público, sem dúvida, estimulou mentalidade na aplicação do direito de que “os fins justificam os meios”. A abordagem de deferência extrema à tomada de decisão do Ministério Público gerou grande incentivo para que os promotores de justiça tomassem iniciativas acusatórias ousadas e agressivas e para que colocassem à prova a tolerância judicial em relação a métodos altamente agressivos de aplicação do direito.

A discricionariedade dos promotores em países de direito continental

A despeito da percepção comum de que todos os sistemas jurídicos continentais funcionam mais ou menos da mesma maneira, há diferenças bem marcadas nas práticas de Justiça Penal entre eles. No contexto da prática

acusatória, o princípio da obrigatoriedade da acusação está longe de ser aceito universalmente. A discricionariedade dos promotores de justiça para apresentar denúncias difere entre os países de direito continental, conforme o país siga o “princípio da oportunidade” ou o “princípio da legalidade”. Em países que seguem o princípio da oportunidade, os promotores contam com um grau elevado de autonomia para tomar decisões de acusação; eles têm discricção para levar em conta vários fatores de interesse público ao decidir se, em casos específicos, denúncias devem ou não ser apresentadas. Em países que seguem o princípio da legalidade, em comparação, os promotores devem apresentar denúncia sempre que existirem provas para sustentar a culpa do acusado; considerações de interesse público são irrelevantes para a tomada de decisão pelo Ministério Público (FIONDA, 1995).

Poucos países seguem um ou outro princípio de maneira estrita. Contudo, com base na medida em que um país segue um ou outro princípio, os analistas são capazes de determinar se um país segue o princípio da oportunidade ou o princípio da legalidade. Por exemplo, os sistemas de acusação da França e da Holanda são classificados como seguidores do princípio da oportunidade, ao passo que os sistemas da Alemanha e da Itália são categorizados como seguidores do princípio da legalidade (FIONDA, 1995; GRANDE, 2000; VERREST, 2000).

Um avanço notável dos últimos anos é o fato de que, mesmo em países que seguem o princípio da legalidade, há sinais de afastamento da aderência estrita à obrigatoriedade da ação penal. Essa tendência talvez seja mais perceptível no surgimento da transação penal na Alemanha e na Itália. Algo igualmente notável, contudo, é que, a despeito da emergência da transação penal em países de direito continental, nenhum desses países permitiu que seus promotores ganhassem vantagem transacional sobre o acusado a ponto de estarem em posição de extrair confissões sob forte pressão. Esse ponto fica bem ilustrado pela seguinte discussão quanto aos institutos análogos da transação penal na França, na Alemanha e na Itália.

França

A França segue o princípio da oportunidade. A aplicação do direito não obriga que os promotores de justiça apresentem denúncia em todos os casos com vistas a obter as penas mais graves possíveis. Muito pelo contrário, um princípio bem estabelecido na França é o de que aos promotores, enquanto membros do Judiciário, não foi confiada a tarefa de assegurar condenações em todas as ações. A obrigação dos promotores é, antes, a de fixar uma solução justa para o caso e apresentá-la ao juiz (SHEEHAN, 1975; VOUIN, 1970). Esse princípio está incorporado ao Código de Processo Penal francês. A disposição desse Código que define a responsabilidade dos promotores

estipula simplesmente que “os promotores recebem queixas e acusações e decide o que fazer com elas” (Código de Processo Penal francês, art. 40). Essa redação é interpretada como permitindo aos promotores não promover a ação penal mesmo que existam provas suficientes da culpa de um acusado. As estatísticas disponíveis na França indicam que, assim como nos Estados Unidos, a maioria dos casos notificados ao Ministério Público não termina em julgamento criminal. Estima-se que 50 a 80% dos casos que chegam ao conhecimento dos promotores de justiça franceses sejam encerrados sem que seja dado início à persecução penal (FRASE, 1990; VERREST, 2000; WEST, DESDEVISES, FENET, GAURIER, & HEUSSAFF, 1993)

O direito francês classifica os crimes em três categorias: contravenções (infrações penais leves), delitos (infrações penais intermediárias) e crimes (infrações penais graves). Correspondendo a esses três tipos de infração penal, existem três tipos de juízo de primeira instância. As contravenções são julgadas no Tribunal Policial; os delitos, no Tribunal Correccional; e os crimes, no Tribunal Criminal (TERRILL, 1999). O processo de triagem preliminar difere conforme o tipo de infração envolvida e o tribunal em que a ação será instaurada. A lei impõe uma triagem rígida para casos que serão julgados como crimes no Tribunal Criminal. Assim que se decide que uma ação será julgada no Tribunal Criminal, o promotor deve enviar a mesma ao juiz auxiliar para uma investigação judicial. Se o juiz auxiliar encontrar provas suficientes para encaminhá-la a julgamento, a ação deve ser remetida à câmara de indiciamento para nova triagem. O papel dos promotores de justiça é bastante limitado em ações que envolvam investigação judicial. Os promotores têm discricção para tomar a decisão inicial quanto a submeter a ação ao exame do juiz auxiliar, mas uma vez submetida ao juiz auxiliar, os promotores perdem o controle sobre a ação. Após finalizada a investigação do juiz auxiliar, os promotores devem seguir as recomendações do mesmo para a decisão (FRASE, 1990; TOMLINSON, 1983; WEST ET AL., 1993).

Em contraposição à triagem rígida de ações a serem julgadas no Tribunal Criminal, o direito francês não exige qualquer triagem preliminar para casos a serem julgados no Tribunal Correccional ou no Tribunal Policial. Os promotores têm autoridade exclusiva para decidir se um caso deve gerar um processo penal ou ser extinto. Por causa dos incômodos procedimentos envolvidos na promoção de uma ação penal no Tribunal Criminal, compreende-se que os promotores vejam com reservas a perspectiva de julgar aí todos os crimes no Tribunal Criminal. Embora a lei exija que todos os crimes sejam julgados no Tribunal Criminal, os promotores podem contornar essa limitação acusando um infrator que cometeu um crime apenas por delito ou contravenção. O poder de reduzir o enquadramento da infração denunciada é conhecido como *correccionalização*. É esse poder de correccionalização que os analistas norte-americanos mencionam

como sendo o análogo francês da transação penal (FRASE, 1990; B. L. GOLDSTEIN & MARCUS, 1977; TOMLINSON, 1983).

A correccionalização de um crime, reduzido a delito ou contravenção, é sem dúvida semelhante à redução da acusação usada pelos promotores norte-americanos. As diversas razões citadas pelos promotores de justiça franceses para *correccionalizar* um crime são também similares àquelas apresentadas pelos promotores norte-americanos para reduzir as acusações. Os promotores franceses podem correccionalizar um crime para evitar sujeitar os réus à possibilidade de penas mais graves impostas pelo Tribunal Criminal. Às vezes, embora uma infração constitua tecnicamente um crime, o promotor pode considerar que, sob aquelas circunstâncias específicas, não seria apropriado sujeitar o réu à pena severa prescrita para essa infração. O promotor pode, então, denunciar o réu por uma infração mais leve a fim de evitar a punição severa. Os promotores podem também usar a correccionalização como modo de desafogar a congestionada pauta do Tribunal Criminal (FRASE, 1990; LEIGH & ZEDNER, 1992; TOMLINSON, 1983).

As semelhanças entre a transação penal norte-americana e a correccionalização francesa, contudo, acabam aí. Na França, não há nada indicando que a redução de acusações ou a decisão de correccionalizar um crime resulte de transações e negociações entre acusação e defesa. A decisão de correccionalizar é tomada unilateralmente pela promotoria. O único papel que os réus desempenham é o direito que têm de rejeitar essa decisão. Uma vez que os réus gozam de proteções processuais mais elaboradas quando são julgados no Tribunal Criminal, caso estejam dispostos a arriscar receber penas mais severas se condenados, podem insistir para serem julgados no Tribunal Criminal. Na realidade, contudo, poucos réus preferem contestar as decisões da promotoria de correccionalizar um crime reduzindo-o a delito ou contravenção (FRASE, 1990; TOMLINSON, 1983).

No sistema norte-americano, a promessa de um promotor de reduzir as acusações é normalmente feita com a condição de que o réu confesse plena e irrevogavelmente sua culpa. Em comparação, a decisão do promotor francês de correccionalizar um crime não depende de confissão do acusado. Quanto às proteções processuais garantidas aos suspeitos, o direito francês as concede, em comparação com o direito norte-americano, de forma muito limitada no estágio de investigação policial. De acordo com a lei francesa, o acusado tem direito a permanecer em silêncio, mas a polícia não está obrigada a lhe informar isso. Um direito limitado à assistência de um advogado no inquérito policial só foi introduzido no processo penal francês em 1993. Conforme consigna a lei reformada, os suspeito têm direito a buscar auxílio jurídico apenas 20 horas após a detenção (FIELD & WEST, 1995; HATCHARD, HUBER, &

VOLGER, 1996). Durante as primeiras 20 horas, a polícia conta, pois, com a oportunidade de interrogar os suspeitos sem lhes informar que possuem o direito de permanecer em silêncio e sem prover-lhes um representante legal. Uma vez que nesse estágio os suspeitos não estão representados por advogado, é pouco provável que façam confissões na expectativa de levar os promotores a se decidirem por reduzir o enquadramento de suas infrações.

Além disso, no direito francês, a admissão de culpa por um réu não substitui o julgamento, e uma confissão nunca é irrevogável. Mesmo após admitir sua culpa, um réu pode ainda passar pelo julgamento. A decisão do réu de não refutar sua culpa, contudo, abreviará seu julgamento. Um réu pode voltar atrás em sua confissão a qualquer tempo, seja antes ou durante o julgamento. A retratação do réu, contudo, não impede que sua confissão seja apresentada em juízo. A confissão do réu, retratada ou não, será apresentada para ser examinada pelo juiz. O único efeito causado por uma retratação é o de que, nessas situações, o promotor irá apresentar ao juiz tanto a confissão do réu quanto o fato de que ele se retratou da mesma (WEST ET AL., 1993).

Diferentemente dos promotores de justiça norte-americanos, que têm poder ilimitado para retirar acusações antes e depois de oferecida a denúncia, a ampla autoridade acusatória dos promotores franceses está confinada à decisão inicial de apresentar uma denúncia ao juiz. Após apresentarem denúncias ao juiz auxiliar ou ao tribunal que as devem examinar, os promotores não podem mais retirá-las sem a aprovação do juiz auxiliar ou do tribunal (FRASE, 1990; TOMLINSON, 1983). A impossibilidade de retirar acusações depois de oferecida a denúncia impossibilita também que os promotores franceses usem a sobreacusações como meio de coagir o acusado a cooperar. Uma vez que o Ministério Público não pode retirar acusações depois de apresentada denúncia, se as acusações não forem sustentadas por provas suficientes, elas podem apenas ser rejeitadas pelo juiz auxiliar ou pelo tribunal (FRASE, 1990; WEST ET AL., 1993). Do ponto de vista do promotor, apresentar denúncia com acusações que seriam rejeitadas por falta de sustentação adequada em provas seria despropositado e ainda refletiria negativamente sobre sua carreira. É difícil imaginar que promotores cautelosos queiram arriscar sua reputação profissional pela vantagem duvidosa de usar a sobreacusações como meio de induzir o acusado a cooperar.

Outra arma poderosa à disposição dos promotores norte-americanos é a prática de denunciar os réus por múltiplos crimes. O que faz disso uma ameaça poderosa é a probabilidade de que os réus sejam submetidos a penas cumulativas se condenados. Os promotores franceses, com sua ampla discricionariedade, podem certamente decidir apresentar denúncia por múltiplos crimes contra um acusado. Em vista da lei francesa de fixação

da pena, contudo, é pouco provável que essa tática forneça aos promotores uma ferramenta para induzir o acusado a cooperar. A lei francesa proíbe a imposição de penas cumulativas em ações envolvendo múltiplas infrações. Isso significa que, ainda que um acusado seja condenado por múltiplas infrações, pode-se prolatar apenas uma sentença, agravando a pena do crime com maior pena cominada. A pena máxima para a infração mais grave não pode ser aumentada com o fundamento de que o acusado foi condenado por infrações colaterais (FRASE, 1990; WEST ET AL., 1993).

Na França, a discricionariedade do Ministério Público pode também ver-se limitada pelas vítimas. O direito francês oferece às vítimas várias maneiras de contestar a decisão do Ministério Público de não promover a ação penal. Ele também reconhece às vítimas o direito de buscar indenização integrando a lide como partes civis. A lei prevê duas maneiras para as vítimas fazerem isso. Elas podem requisitar sua inclusão como parte na ação penal já instaurada pela promotoria. Contudo, se a promotoria se negar a promover a ação, as vítimas podem abrir processo de indenização no juízo penal por si próprias. Caso uma vítima decida abrir um processo de indenização no juízo penal, o promotor estará obrigado a instaurar a ação penal, mesmo que tenha inicialmente se negado a fazê-lo (TERRILL, 1999; WEST ET AL., 1993).

As vítimas também podem impedir a promotoria de correccionalizar um crime rebaixando-o a delito ou contravenção. Caso a vítima queira pleitear uma pena mais severa do que o Tribunal Correccional ou o Tribunal Policial podem impor, ela deve apresentar uma queixa diretamente ao juiz auxiliar examinador requerendo que este dê início ao inquérito judicial para a ação. O encaminhamento pela vítima ao juiz auxiliar tem o mesmo efeito daquele feito pelos promotores. Assim que um caso tiver sido encaminhado ao juiz auxiliar, o Ministério Público deixa de ter controle sobre o mesmo. O juiz auxiliar, caso encontre provas suficientes, pode ordenar ao Ministério Público que promova a ação penal no Tribunal Criminal (TOMLINSON, 1983; WEST ET AL., 1993; ZAUBERMAN, 1991).

Deve-se observar que a correccionalização não é o único meio disponível aos promotores franceses para evitar longos julgamentos no Tribunal Criminal. Desde o início da década de 1980, tem havido um crescimento constante do número de infrações criminais cometidas na França. A lei francesa oferece aos promotores várias opções para que possam dar cabo desse número drasticamente aumentado de ações em tempo hábil. Em infrações leves, em vez de promover a ação penal, o promotor pode emitir uma ordem à polícia para que esta apresente uma advertência oficial ao infrator. Em casos de vandalismo ou de pequenos furtos, o promotor pode pedir que o infrator repare o dano ou a perda sofrida pela vítima como

condição para dispensar a ação. O promotor pode também resolver uma ação por conciliação. Caso possa-se realizar um acordo por conciliação entre a vítima e o infrator, o promotor de justiça pode decidir encerrar a ação sob a condição de que o infrator cumpra os termos do acordo (p.ex., pague indenização à vítima) (VERREST, 2000).

Para ofensas cujas penas não ultrapassam sete anos de prisão, a lei permite aos promotores, com o consentimento do acusado, promover a ação por meio de procedimentos sumários de julgamento (*comparution immédiate*, comparecimento imediato). Esses procedimentos são utilizados normalmente em ocorrências nas quais os infratores são pegos em flagrante. Nos procedimentos sumários, os suspeitos, após uma breve reunião com seus advogados, são imediatamente levados a julgamento. Os promotores, contudo, não têm controle exclusivo sobre esses procedimentos. O juiz tem autoridade final para decidir se os procedimentos sumários são apropriados. O juiz pode decidir adiar o processo ou remeter o caso de volta ao promotor se julgar que as investigações para o mesmo foram insuficientes (VERREST, 2000).

Alemanha

O interesse do sistema de acusação alemão para os reformadores norte-americanos encontra-se em grande parte no princípio da obrigatoriedade da ação penal. Muitos leitores norte-americanos acreditam que, segundo a norma da ação penal obrigatória, os promotores de justiça não dispõem de qualquer discricionariedade e sejam obrigados a promover todas as ações para as quais haja provas. Essa visão, contudo, não representa um entendimento correto. A obrigatoriedade ação penal foi incorporada ao Código Penal alemão em 1877, quando da promulgação de seu projeto inicial (FIONDA, 1995). A inclusão dessa norma no Código tinha como objetivo alcançar uma aplicação igualitária do direito e impedir a possibilidade de que promotores se valessem de seu poder para perseguir oponentes políticos (SCHRAMM, 1970). Desde 1877, uma grande variedade de novas disposições com vistas a ampliar a discricionariedade dos promotores foi incorporada ao Código. Essas novas disposições levaram a uma erosão gradual do princípio da obrigatoriedade da ação penal.

A tão celebrada norma da ação penal obrigatória está prescrita na seção 152 (II) do Código de Processo Penal alemão. Essa seção dispõe que os promotores devem “promover ação contra todos os crimes ajuizáveis, na medida em que haja bases factuais suficientes”. O Código, contudo, contém várias exceções a essa regra. Uma das principais está consignada na seção 153a. Essa seção, que foi adicionada ao Código em 1975, autoriza os promotores a se absterem de promover ação contra qualquer infração

leve desde que o acusado concorde em pagar uma quantia em dinheiro a uma instituição de caridade ou ao Estado. Essa seção, quando promulgada, destinava-se a limitar a discricionariedade dos promotores de justiça apenas a casos de contravenção penais. Esperava-se que os promotores, guiados pela norma da obrigatoriedade da ação penal, exercitassem o poder de não promover ação somente em casos de contravenções triviais (LANGBEIN, 1979).

Sua implementação desde que promulgada, contudo, demonstra que os promotores de justiça vêm utilizando referida norma penal para descartar infrações tanto leves quanto graves. As exceções à regra da obrigatoriedade da ação penal deram ensejo ao desenvolvimento da transação penal alemã.

A origem da transação penal na Alemanha pode ser remetida ao início da década de 1970. De princípio, a prática transacional tinha alcance limitado e se restringia a infrações leves. Já em meados da década de 1970, com o aumento das ações contra crimes de colarinho branco e crimes relacionados às drogas, a negociação da pena ficou mais frequente. Desde a década de 1990, a popularidade da transação penal cresceu, e isso pode ser atribuído diretamente ao forte aumento dos crimes de colarinho branco, dos crimes contra a economia, daqueles relacionados às drogas, bem como do aumento do número de ações na esteira da reunificação alemã. A transação penal, como observaram os analistas, ocorre com maior frequência em casos envolvendo crimes de colarinho branco, evasão tributária, narcóticos e crimes ambientais (DUBBER, 1997; FRASE & WEIGEND, 1995; HERRMANN, 1992; SWENSON, 1995).

Na Alemanha, a transação penal assume diferentes formas. As formas mais comumente identificadas são: 1) negociação para suspensão condicional da ação conforme a seção 153a, 2) negociação quanto a ordens de pena, e 3) negociação quanto a confissões. A seção 153a permite que o promotor de justiça suspenda a promoção da ação de modo condicional quando o crime é leve e o interesse público não exige a ação penal. De acordo com essa seção, os promotores podem se abster de promover a ação contanto que o criminoso ou proveja alguma forma de compensação para a vítima ou pague uma quantia a uma instituição de caridade ou ao Tesouro. Desde sua promulgação em 1975, a seção 153a abriu a possibilidade de que a acusação e a defesa negociem para determinar se uma ocorrência será ou não resolvida por acordo.

Em casos complicados, se a promotoria acreditar que

investigações adicionais tomarão tempo demais, ela pode propor o acordo com base nessa seção. Para induzir os réus a anuírem com a proposta de acordo, os promotores podem deixar claro para o advogado de defesa que a oferta é uma oportunidade única e que, se for recusada, não haverá outra chance de negociação. O advogado de defesa pode também influenciar a decisão da promotoria de resolver o caso por acordo. Em conformidade com a lei alemã, durante o julgamento, a defesa tem direito a requerer que o juiz considere novas provas favoráveis ao acusado. Para induzir o Ministério Público à celebração de um acordo antes que a ação vá a julgamento, a defesa pode ameaçar interpor várias petições solicitando que o juiz examine provas adicionais. Diante da preocupação de que tais jogadas atrasem o julgamento, a promotoria pode concordar em fazer um acordo valendo-se da seção 153a (ALBRECHT, 2000; FRASE & WEIGEND, 1995; HERRMANN, 1992).

A segunda forma de transação penal surge do procedimento da ordem de pena. A ordem de pena é um documento, preparado pelo promotor, que contém o crime do acusado e a pena para esse crime. As penas registradas na ordem de pena incluem multas diárias, suspensão condicional da prisão por até um ano, cassação da carteira de motorista e apreensão dos produtos do crime. O promotor precisa obter o consentimento de um juiz para tornar a ordem juridicamente vinculante. Obtida a autorização judicial, o promotor despacha a ordem para o acusado. Este tem 14 dias para decidir se aceita a ordem ou se pede para ser levado a julgamento.

O que torna a ordem de pena atraente para o acusado são as penas menos severas que contém, em comparação com as penas que poderiam ser impostas se ele fosse condenado após julgamento. Na grande maioria dos casos, a pena contida na ordem de pena é a de multa. Ao pagar a multa, o acusado evita o constrangimento, a publicidade e os gastos do julgamento. De acordo com esse procedimento, embora exista a possibilidade de que o acusado receba penas mais severas ao escolher ir a julgamento, a rejeição da ordem de pena não resulta automaticamente em pena mais elevada. Se o juiz tiver que agravar a pena do acusado após o julgamento, ele deverá indicar as razões dessa decisão. A rejeição da ordem de pena, por si, não é fundamento suficiente para elevar a gravidade da pena a ser imposta ao acusado. Não há, assim, evidências demonstrando que a promotoria use a possibilidade de penas mais graves para pressionar o acusado a aceitar uma ordem de pena (FRASE & WEIGEND, 1995; HERRMANN, 1992).

A terceira forma de transação penal é a negociação de uma confissão. Na Alemanha, assim como na França, a confissão do acusado e a admissão de culpa não substituem o julgamento. A vantagem para o promotor de obter uma confissão é que a admissão de culpa pelo acusado pode abreviar a duração do julgamento. Um ponto que distingue claramente a negociação de confissões alemã e a transação penal norte-americana é o papel do juiz no processo transacional. A transação penal nos Estados Unidos é normalmente uma negociação entre promotor de justiça e advogado de defesa. O juiz não participa ativamente da transação. Na Alemanha, antes de apresentar uma denúncia formal, o promotor desempenha um papel importante na negociação com a defesa de uma possível confissão do acusado; o promotor pode propor incluir na denúncia menos crimes do que supostamente foram cometidos ou buscar uma pena mais indulgente em juízo. Assim que a denúncia for apresentada, contudo, o juiz poderá participar mais ativamente na negociação da confissão.

Um juiz que se vê diante de um grande acúmulo de processos em sua pauta pode entrar em contato com o advogado de defesa e perguntar se o acusado estaria disposto a fazer uma confissão no início do julgamento. Para encorajar o acusado a confessar, o juiz pode indicar o limite máximo que pode ser imposto da pena. Segundo a lei alemã, o juiz não pode fazer um acordo definitivo até o final do julgamento. O entendimento alcançado entre juiz e defesa é, por isso, não vinculante de jure. Na maioria das vezes, contudo, se o acusado concordar em confessar, a pena que receberá ao final estará abaixo do limite máximo indicado pelo juiz. As negociações podem também acontecer durante o julgamento. Por exemplo, a defesa pode concordar em não requisitar provas adicionais ou prometer não apresentar contestação em troca de concessões do juiz na fixação da pena (DUBBER, 1997; HERRMANN, 1992; SWENSON, 1995).

A popularidade alcançada pela negociação da pena na Alemanha, antes louvada como um país sem transação penal, representa sem dúvida um dos avanços mais significativos da prática processual em países de direito continental europeu. A transação penal alemã, contudo, difere em vários aspectos da prática transacional dos Estados Unidos. Na Alemanha, a decisão tomada pelo réu de confessar sua culpa após negociar com a promotoria é normalmente bem informada. No sistema alemão, o advogado de defesa tem direito, no estágio de pré-julgamento, de inspecionar os articulados do promotor em sua plenitude. Nas

negociações com o promotor, a defesa costuma ter conhecimento pleno da força das provas da acusação. Esse direito amplo de acesso às provas antes do julgamento, torna mais fácil, por um lado, que o advogado de defesa dê conselhos bem informados aos réus; por outro lado, ele torna mais difícil para a promotoria recorrer a táticas como a sobreacusação ou a acusação de crimes não sustentados por provas (FRASE & WEIGEND, 1995; SWENSON, 1995).

Os promotores alemães podem, de fato, usar a tática de retirar acusações colaterais como forma de encorajar o acusado a admitir a culpa. Essa negociação das acusações, contudo, não é conduzida sob forte pressão. Na Alemanha, embora a proposta de retirar acusações possa incentivar o acusado a cooperar, os promotores não estão em posição de elevar drasticamente a gravidade da pena em ações envolvendo infrações múltiplas. O direito alemão não permite a imposição de penas cumulativas. Os promotores, por isso, não podem nutrir a expectativa de que uma ameaça de acusação por múltiplos crimes vá pressionar o acusado a confessar culpa ou a cooperar com o governo (FRASE & WEIGEND, 1995; SWENSON, 1995).

Na Alemanha, o poder discricionário do promotor também é limitado pelas vítimas. Contrastando com sua posição fraca no sistema norte-americano, as vítimas podem, na Alemanha, tomar diversas medidas para influenciar as decisões acusatórias do promotor. Caso a vítima não esteja satisfeita com a decisão do promotor de não instaurar a ação, ela pode protocolar uma queixa formal junto ao promotor chefe. O promotor chefe deve, internamente, examinar a decisão questionada pela vítima e determinar se a ação deveria ser promovida. Se o promotor chefe mantiver a decisão de não instaurar a ação penal, a vítima terá direito a requerer um reexame do caso por um tribunal de segunda instância. O direito da vítima de requerer reexame judicial, contudo, limita-se a casos em que a decisão inicial do promotor de não mover a ação é tomada com base em fundamentos probatórios. Nesses casos, se o juiz considerar que as provas são suficientes, o promotor poderá receber ordens de promover a ação penal. A vítima não tem direito de pedir ao tribunal que reveja a decisão do promotor de não instaurar ação quando esta se basear em fundamentos de política pública (por exemplo, a convicção do promotor de que o interesse público não pede a ação penal) (ALBRECHT, 2000; FIONDA, 1995).

O sistema alemão impõe mais restrições ao exercício da discricionariedade dos promotores de justiça, mas esse sistema não é de forma alguma perfeito. O Ministério Público alemão

está organizado em nível estadual, não em nível nacional. Essa estrutura organizacional fragmentada dificulta a manutenção da tomada de decisão uniforme por todo o sistema. Normalmente existem diretrizes nos Ministérios Públicos locais para ajudar os promotores a tomarem suas decisões. Essas diretrizes, contudo, diferem de um local para o outro. Os critérios legais para a não instauração da ação penal, tal como a falta de interesse público e a gravidade do crime, estão quase sempre sujeitos a interpretações diferentes. Para reduzir essas discrepâncias, alguns estados tentaram impor normas de validade em todo o estado. Essas normas, todavia, tendem a ser curtas e pouco detalhadas, diminuindo a probabilidade de que direcionem de forma eficiente a discricionariedade dos promotores de justiça (FIONDA, 1995). Apesar dos pontos fracos, há no sistema alemão uma particularidade que torna seus promotores mais responsabilizáveis que os promotores norte-americanos: a exigência de que apresentem razões escritas quando descartarem ações. Tal exigência, sem dúvida, encoraja os promotores a refletir mais cuidadosamente sobre suas decisões e a baseá-las em fundamentos defensáveis.

Itália

Estudiosos do direito comparado observaram, nas últimas décadas, a tendência de convergência entre o sistema do direito continental europeu e aquele do *common law* (FRASE & WEIGEND, 1995; GLENDON, 1984; ZWEIGERT & KATZ, 1987). As recentes mudanças no sistema de Justiça Penal da Itália oferecem talvez o melhor exemplo das tendências de convergência entre os dois sistemas. A adoção pela Itália, em 1989, de seu novo Código de Processo Penal atraiu grande atenção da comunidade jurídica internacional. Um das características mais notáveis desse novo código é a inserção de elementos do procedimento acusatório no processo penal italiano, que tem profundas raízes no procedimento inquisitório (FASSLER, 199 1; PIZZI & MARAFIOTI, 1992). No contexto da prática de acusação, o que é igualmente notável é a introdução de análogos da transação penal no sistema italiano de Justiça Penal.

Antes da adoção do novo código, a Itália era um dos poucos países que seguia o princípio da legalidade em seu sentido mais estrito. A adesão estrita a esse princípio tinha resultado num acúmulo tremendo de processos judiciais. Uma vez que não existiam mecanismos para evitar julgamentos no direito processual penal da Itália, seu sistema dependia principalmente da concessão regular de anistias como forma de desafogar o acúmulo de processos. As anistias, contudo, estavam longe de solucionar o problema.

Assim, encontrar uma forma de resolver o problema do congestionamento processual tornou-se uma das principais tarefas dos redatores do projeto para o novo código. Este código, embora não use a expressão transação penal, contém dois procedimentos que permitem a imposição de pena sem um julgamento completo. Esses procedimentos especiais ficaram conhecidos como os análogos italianos da transação penal (BOARI, 1997; GRANDE, 2000; MACK, 1996; J. J. MILLER, 1990; VAN CLEAVE, 1997).

Os procedimentos em questão são: 1) penas acordadas pelas partes e 2) julgamentos abreviados ou sumários. Com o procedimento das penas acordadas pelas partes, a acusação e a defesa podem entrar em acordo quanto à pena apropriada a ser imposta ao réu sem que este passe pelo julgamento. A lei exige, para que as partes firmem tal acordo, que a pena final não exceda dois anos de prisão. Esse requisito legal não proíbe que o procedimento seja usado em crimes puníveis com mais de dois anos de prisão. Significa apenas que, levadas em consideração todas as circunstâncias envolvidas, se o promotor de justiça e o advogado de defesa concordarem que a sentença final não ultrapassará dois anos de prisão, pode-se aplicar o procedimento (GRANDE, 2000; VAN CLEAVE, 1997).

O acordo firmado entre o Ministério Público e a defesa estará sujeito ao reexame judicial. O Código de Processo Penal italiano traz os padrões específicos pelos quais o juiz deve avaliar as penas acordadas entre as partes. O juiz precisará avaliar se as partes determinaram corretamente a natureza do crime e se a pena acordada entre elas partes é apropriada à luz das provas disponíveis. O acordo poderá ser rejeitado caso o juiz acredite haver impropriedades (Código de Processo Penal italiano, art. 444).

Na Itália, a Constituição exige que os juízes fundamentem todas as ações judiciais dispositivas por escrito (Constituição italiana, art. 102[1]). Após a adoção do novo Código de Processo Penal, surgiu a polêmica de saber se os juízes deveriam fundamentar por escrito suas avaliações de penas acordadas pelas partes. Argumentou-se que o requisito constitucional não se aplicava a casos em que o juiz estivesse apenas desempenhando a função de aceitar penas acordadas pelas partes (VAN CLEAVE, 1997). O Tribunal Constitucional Italiano, contudo, rejeitou esse argumento, declarando que, mesmo quando impõem penas acordadas pelas partes, os juízes devem emitir razões escritas (decisão de 29 de março, 1993). Essa decisão indica de forma incisiva que o Tribunal Constitucional Italiano não deseja que os juízes atuem como simples aprovadores automáticos e endossem

todos os acordos feitos entre as partes. Segundo a decisão da Corte, os juízes devem exercer fielmente seus deveres judiciais para assegurar que os acordos firmados entre as partes estejam de fato em conformidade com a lei.

Nos Estados Unidos, antes que um juiz receba e aprove uma transação, esta deve ter sido acordada entre acusação e defesa. Os promotores têm total liberdade para não propor transação ao réu ou para interromper uma transação dessas a qualquer momento após iniciadas as negociações. O procedimento italiano, em compensação, não concede aos promotores o poder absoluto de negar aos réus a oportunidade de transacionar com o governo. Nas penas acordadas pelas partes, faz-se necessário o consentimento do promotor de justiça; exige-se, contudo, que ele não retire seu consentimento desarrazoadamente (Código de Processo Penal, art. 448[1]). Ao rejeitar o pedido de um réu de acordar a pena entre as partes, o Ministério Público precisa justificar por escrito sua decisão, e essa justificativa está sujeita à avaliação judicial. Tecnicamente, a rejeição pela promotoria do pedido de acordo do réu irá forçar o julgamento da ação. Contudo, se durante o julgamento o juiz considerar que a negativa do promotor ao pedido de acordo foi desarrazoada, o juiz poderá conceder a pena reduzida originalmente requisitada pelo réu (BOARI, 1997; GRANDE, 2000; VAN CLEAVE, 1997).

O rito sumário é outro procedimento destinado a desobstruir os tribunais ao decidir ações de forma rápida. Em contraste com as penas acordadas pelas partes, que podem ser iniciadas tanto pela acusação quanto pela defesa, o julgamento de rito sumário pode ser requisitado somente pelo réu. Na audiência preliminar, o réu pode pedir que o juiz julgue a ação com base nas provas acumuladas até o momento. Embora esse procedimento não possa ser iniciado pelo promotor, o consentimento deste é necessário. Havendo consentimento do promotor para o pedido do réu, o juiz determinará se é possível decidir usando o rito sumário. Caso determine que a ação pode ser julgada dessa forma, o juiz proferirá a sentença condenatória (Código de Processo Penal italiano, arts. 438, 440[1], 442). O incentivo para que os réus se valham desse procedimento especial é que, se condenados por ele, suas penas serão obrigatoriamente reduzidas de 1/3 em relação à pena que seria imposta caso houvessem sido condenados após um julgamento completo (Código de Processo Penal italiano, art. 442[2]).

Um ponto interessante, novamente, é o papel do promotor de justiça. Exige-se o consentimento do promotor antes que uma ação possa ser julgada pelo rito sumário. Mas exige-se também que o promotor não retenha seu

consentimento desarrazoadamente (Código de Processo Penal italiano, art. 440[1]). A negativa pelo promotor ao pedido do réu de ser julgado pelo procedimento sumário tem o efeito de forçar a ação a passar pelo julgamento pleno. Se o juiz, contudo, entender que a negativa do promotor é desarrazoada, ele poderá consentir ao réu a redução de 1/3 da pena (GRANDE, 2000; VAN CLEAVE, 1997).

Não há qualquer disposição explícita no Código de Processo Penal italiano exigindo que os promotores de justiça apresentem razões para sua negativa ao pedido de um réu de resolver a ação pelo procedimento abreviado. Contudo, o Tribunal Constitucional italiano tem julgado que a fundamentação da negativa de consentimento é um requisito constitucional. O motivo básico para que o Tribunal imponha tal obrigação é assegurar que os juízes possam avaliar a adequação das decisões dos promotores (Decisão de 8 de fevereiro de 1990; Decisão de 18 de abril de 1990; Decisão de 15 de fevereiro de 1991). O Tribunal apresentou dois fundamentos para suas decisões de sujeitar a negativa do promotor ao escrutínio judicial. O primeiro é o princípio da igualdade entre acusação e defesa. O Tribunal raciocinou que, uma vez que a negativa afetaria a escolha final das penas, o princípio da igualdade exige um reexame judicial dessa decisão do promotor. A segunda razão que leva o Tribunal a insistir no reexame judicial baseia-se na preocupação de que dar aos promotores de justiça o poder para decidir quem pode se valer do rito sumário sem sujeitar esse poder ao reexame judicial pode ocasionar a aplicação de penas diferentes a réus que se encontram em situações semelhantes.

Comparação e observações

Três décadas se passaram desde o grande debate dos anos 70 quanto aos méritos de se reformar o sistema norte-americano com base nos modelos continentais. Os últimos 30 anos testemunharam mudanças drásticas nos sistemas jurídicos continentais. A emergência da transação penal representa uma das mudanças mais significativas ocorridas nos sistemas de direito continental europeu. Hoje, nenhum dos principais países de direito continental pode ser descrito como uma terra sem transação penal. Apesar da recente expansão da autonomia dos promotores de justiça nos países de direito continental, continua válido afirmar que a discricionariedade dos promotores continentais está sujeita a controle e supervisão muito mais estritos do que a dos promotores norte-americanos. Além disso, a despeito da emergência neles da transação penal, nenhum país de direito continental permitiu que esse instituto fosse conduzido de modo a exercer fortes pressões sobre os réus. Se a

meta for reduzir o alcance da discricionariedade dos promotores e sujeitar essa discricionariedade a controle e supervisão mais significativos, então o sistema norte-americano pode ainda se beneficiar da experiência dos países de direito continental.

Ao se compararem o sistema inquisitório e o acusatório, reconhece-se em geral que o sistema inquisitório dá muito mais ênfase à busca da verdade substantiva, ao passo que o sistema acusatório enfoca mais a imparcialidade processual para os adversários (EHRMANN, 1976; MERRYMAN, 1985; VAN KESSEL, 1992; ZWEIGERT & KÖTZ, 1987). As diferenças filosóficas a respeito do processo de Justiça Penal ficam aparentes nas diferenças estruturais entre os dois sistemas. No sistema inquisitório, os procedimentos, desde a investigação até o julgamento, destinam-se a facilitar a apuração da verdade substantiva. Os investigadores estão obrigados por lei a conduzir uma investigação objetiva seguindo todas as pistas que possam lançar luzes ao caso, independente de serem contra ou a favor do acusado. No julgamento, o juiz, tendo em vista o interesse de buscar a verdade, está obrigado a examinar todas as provas com o mesmo rigor, independente de apontarem para a culpa ou para a inocência do acusado (FRASE, 1990; SHEEHAN, 1975; TOMLINSON, 1983; VAN KESSEL, 1992).

Pode surgir uma tensão, contudo, entre o zelo de buscar a verdade e o interesse de administrar a Justiça com eficiência. Como ilustram a Alemanha e a Itália, o número crescente de ações pode tornar mais difícil para a Justiça Penal lidar com todos os processos por meio de julgamentos formais. Por isso, os países de direito continental também se voltaram para a transação penal como forma de desafogar o sobrecarregado sistema jurídico. Um exame das várias formas de negociação da pena em países de direito continental, contudo, sugere que seus procedimentos transacionais destinam-se a permitir que os promotores apenas encorajem o acusado a admitir a culpa. Em nenhum dos países de direito continental, os promotores têm poderes para ameaçar o acusado com diferenciais de penas como modo de compelir a transação penal e de forçar a cooperação. Em outras palavras, mesmo abraçando a justiça transacional, os países de direito continental não permitiram que o interesse na administração eficiente da Justiça Penal sobrepujasse indevidamente o interesse em apurar a verdade.

Os estudiosos há muito criticam a transação penal norte-americana

pelo efeito de distorção que causa aos papéis do promotor de justiça, do juiz e do advogado de defesa (ALSCHULER,1983; GIFFORD, 1983; MISNER, 1996). Os participantes do processo transaccional, muitas vezes, estão mais interessados em elaborar acordos que atendam a seus respectivos interesses do que em buscar a verdade substantiva. Um aspecto da transação penal norte-americana que causa perplexidade é o fato de os réus, em muitas jurisdições, terem permissão de confessar culpa por crimes que não correspondem aos fatos das ações. Algumas jurisdições exigem que o juiz reexamine o acordo confessional para avaliar se há bases factuais para a confissão. A regra 11 do Código de Processo Penal da Justiça Federal dos Estados Unidos proíbe que o juiz aceite uma confissão sem questionar se existe base factual para a confissão. Nem todas as jurisdições, contudo, exigem que o juiz faça tal questionamento. Em muitas delas, os réus podem confessar judicialmente crimes que incluem elementos sem evidências fáticas. Nesses casos, permite-se aparentemente que a verdade seja distorcida pela conveniência de firmar acordos entre acusação e defesa.

A busca da verdade é também uma preocupação importante do sistema acusatório. Nos Estados Unidos, especialmente os promotores de justiça têm obrigação de buscar a verdade. Tanto a lei quanto a ética profissional exigem que os promotores de justiça sejam “algo mais que advogados tendenciosos interessados em triunfar nas ações”. Os promotores têm o dever especial de “proteger os inocentes e salvaguardar os direitos garantidos a todos, incluindo àqueles que possam ser culpados” (AMERICAN BAR ASSOCIATION, 1986, p. 20). No sistema acusatório, contudo, a meta de buscar a verdade concentra-se no julgamento. No julgamento, existem regras detalhadas cujo objetivo é dar ao promotor de justiça e ao advogado de defesa oportunidades iguais de apresentar e debater as provas que cada um levantou. Espera-se que, do embate entre os adversários, surja a verdade. Mas o problema com a atual administração da Justiça Penal nos Estados Unidos é que os procedimentos judicatórios, desenvolvidos tão custosamente na prática, contribuem pouco para a busca da verdade quando a grande maioria das ações é resolvida não por meio dos julgamentos, mas das confissões judiciais. Apesar da forte preponderância da transação penal no sistema norte-americano, nem o Legislativo nem o Judiciário demonstraram qualquer interesse em desenvolver mecanismos que assegurem que a verdade surgirá do processo transaccional.

Embora a transação penal seja criticada, poucos defendem sua abolição. Parece que a negociação da pena, tal como argumentado pela Suprema Corte dos Estados Unidos há mais de 30 anos, tornou-se de fato “um componente essencial da administração da Justiça” (Santobello v. New York, 1971, p.261). Os analistas, contudo, acreditam que haja uma necessidade urgente de reformar o modo como a transação penal é conduzida hoje em dia (DAVIS,

1969; DUBBER, 1997; FRASE, 1990; FRASE & WEIGEND, 1995; UVILLER, 1999; VORENBERG, 1981). É nesse contexto que a experiência dos países de direito continental pode trazer ideias importantes para o modo como o sistema de acusação norte-americano pode ser reformado.

Penas mais leves

Um exame dos sistemas continentais sugere várias reformas possíveis para se reduzir o uso da coerção no sistema norte-americano de transação penal. Em comparação com as leis de fixação da pena dos países de direito continental europeu, a lei norte-americana impõe penas bem mais graves aos criminosos condenados. Como longos períodos de prisão são cominados a um grande número de crimes, os promotores podem sujeitar os réus a penas extremamente severas apresentando denúncia com acusações múltiplas ou pleiteando penas cumulativas. A discricionariedade para decidir se sujeitarão ou não o réu à sanção mais grave autorizada pela lei é uma ferramenta poderosa para coagir os réus a aceitarem os acordos desejados pelos promotores de justiça.

Os teóricos norte-americanos há muito debatem a relação entre a severidade das sanções penais e a discricionariedade dos promotores. Normalmente eles concordam que um aspecto desejável dessa discricionariedade é permitir que o promotor mitigue a severidade da lei penal e individualize a aplicação da Justiça (GOLDSTEIN, 1981). Alguns analistas indicam ainda que uma razão importante para que o Legislativo tenha uma tendência a promulgar leis severas é a crença de que os promotores irão desempenhar a função de suavizar o rigor das penas ao adequá-las às circunstâncias de cada criminoso (PIZZI, 1993).

Não há nada que prove ser a severidade das penas uma causa da ampla discricionariedade dos membros do Ministério Público ou um efeito da mesma. Aqueles que criticam essa discricionariedade, contudo, são contra a ideia de que os promotores devam poder desempenhar a função de mitigar o rigor da lei penal. Argumentam que os promotores de justiça não deveriam ser colocados em posição de sobrepor o critério do Legislativo sendo misericordiosos em face de penas severas (VORENBERG, 1981). Além disso, armar os promotores com o poder de escolher entre um leque amplo de penas cria um grande potencial para o mau uso desse poder como ferramenta para coagir os réus a aceitarem acordos.

Direitos mais amplos de vistas às provas

Uma grande desvantagem do processo transacional para o réu é a falta de conhecimento completo das provas da promotoria. Nos processos penais continentais, normalmente há uma só investigação criminal oficial. A investigação é feita ou pelo juiz auxiliar ou pelo promotor de justiça, com o auxílio da polícia. A autoridade responsável pelas investigações é obrigada a fazer um inquérito objetivo, examinando as provas tanto a favor quanto contra o acusado. Ao final da investigação, prepara-se um dossiê, o qual contém todas as informações colhidas durante a investigação. A defesa tem direito ilimitado de examinar esse dossiê. A vantagem desse processo aberto é que, uma vez que a defesa está plenamente ciente das provas levantadas pela acusação, é pouco provável que o promotor de justiça use as táticas de sobreacusação ou de denunciar o réu por crimes que não pode provar para obter vantagens na transação.

A maioria dos réus processados no sistema norte-americano, em compensação, não conhece a força das provas da acusação contra eles. Segundo as normas atuais, a acusação não tem obrigação de revelar todas as provas levantadas contra o réu. Embora a Suprema Corte dos Estados Unidos tenha julgado que os membros do Ministério Público têm o dever constitucional de revelar informações inocentadoras que sejam relevantes para a defesa (*Brady v. Maryland*, 1963), o âmbito de aplicação desse dever é bastante estreito por causa da interpretação conservadora da Corte para a regra da relevância (*Kyles v. Whitley*, 1995; *United States v. Agurs*, 1976; *United States v. Bagley*, 1985). Uma vez que os réus não têm direito de acesso pleno aos articulados do promotor, é provável que, durante a negociação de sua confissão, fiquem no escuro quanto à força das provas para as acusações que a promotoria denunciou. Direitos limitados para a defesa de vistas às provas dão ensejo e incentivam os promotores a sobreacusar o réu ou a incluir na denúncia acusações improváveis como estratégia de transação penal. A introdução de normas mais amplas de exibição de provas reduziria, assim, o incentivo aos membros do Ministério Público de sobreacusar e impediria que eles ameaçassem os réus com acusações para as quais não têm provas.

Supervisão judicial

Apesar de se reconhecer o poder dos juízes para refrear excessos acusatórios, o Judiciário norte-americano vem tradicionalmente desempenhando um papel passivo na supervisão do exercício da discricionariedade do Ministério Público (GOLDSTEIN, 1981). Por essa razão, os comparatistas há muito observaram que a discricionariedade dos promotores de justiça nos países de direito continental é invariavelmente controlada, ao passo que, nos Estados Unidos, ela é invariavelmente não controlada (DAVIS, 1969; LANGBEIN, 1979). Hoje, mesmo com a emergência

da transação penal e a expansão da discricionariedade dos membros do Ministério Público nos sistemas jurídicos continentais, continua válido afirmar que os promotores de justiça continentais estão sujeitos a controle e supervisão judiciais bem maiores do que os promotores de justiça norte-americanos.

Os juízes desempenham um papel ativo em vários análogos de negociação da pena na França, na Alemanha e na Itália. Na França, embora o promotor de justiça possa correccionalizar um crime rebaixando-o a delito ou contravenção, uma ação correccionalizada segue mesmo assim para um julgamento regular. No julgamento, o juiz deve examinar se existe base factual para a acusação e se esta se sustenta em provas suficientes. De forma semelhante, na Alemanha, após firmado um acordo confessional entre o promotor e o réu, a ação deve ainda ir a julgamento e ser examinada em audiência pública pelo juiz. Os analistas acreditam que as exigências de que o réu faça uma confissão pública e de que o juiz examine a ação em audiência pública sirvam de freio a excessos da promotoria, o que, por sua vez, reduziria a probabilidade de condenações falsas (DUBBER, 1997; HERRMANN, 1992).

Na Itália, tanto nas penas acordadas entre partes quanto no rito sumário de julgamento, o juiz deve examinar minuciosamente a adequação da discricionariedade do promotor de justiça. Para assegurar que os promotores não neguem consentimento ao pedido de um acusado para que se empreguem procedimentos especiais, a lei dispõe que o juiz, e não o promotor, está autorizado a determinar se o benefício do procedimento especial deve ser concedido ao acusado. A supervisão judicial estrita destina-se a garantir que os promotores de justiça exerçam sua discricção em conformidade com a lei (GRANDE, 2000; VAN CLEAVE, 1997).

Os Estados Unidos se orgulham de ter um Código de Processo Penal constitucionalizado. Uma vez que o exercício indevido da discricionariedade dos promotores pode muitas vezes envolver direitos constitucionalmente protegidos dos cidadãos, parece lógico que os juízes deveriam ser mais vigilantes quanto à probabilidade de abusos por parte da acusação. Mas, nos Estados Unidos, o Judiciário tem um papel muito menos vigoroso que nos países de direito continental no que se refere à supervisão do exercício da discricionariedade dos órgãos do Ministério Público. A Suprema Corte dos Estados Unidos parece ter justificado sua relutância em encorajar uma supervisão judicial mais rigorosa aos promotores de justiça com base em três fundamentos: 1) a separação de poderes, 2) a confiança nos promotores quanto ao cumprimento de seus deveres e 3) a preocupação de que tal

supervisão possa arrefecer a aplicação do direito. Embora cada um desses fundamentos tenha seus méritos, nenhum deles justifica de forma suficiente a completa deferência judicial à discricionariedade dos promotores de justiça.

A separação de poderes provê uma justificativa primária para a postura passiva do Judiciário norte-americano na supervisão da função acusatória. Segue-se o raciocínio de que a aplicação do direito é função do Poder Executivo e que o Judiciário, por isso, deveria demonstrar deferência à tomada de decisão dos promotores. O Judiciário, entretanto, reexamina de forma rotineira a adequação das decisões de outros órgãos do Executivo e raramente deixam de proceder a esses reexames citando a separação de poderes. O reexame judicial das ações da polícia vem, desde a década de 1960, impondo numerosas restrições à aplicação da lei. A Suprema Corte dos Estados Unidos examina regularmente a adequação das tomadas de decisão da polícia. Nas decisões da Corte, as questões tratadas vão desde as circunstâncias nas quais a polícia pode estabelecer indícios suficientes e suspeita fundada (*Florida v. J. L.*, 2000; *Illinois v. Gates*, 1983; *Illinois v. Wardlow*, 2000; *Terry v. Ohio*, 1968) até a adequação das táticas de aplicação da lei (*Atwater v. City of Lago Vista*, 2001; *Indianapolis v. Edmond*, 2001; *Michigan Department of State Police v. Sitz*, 1990) e as circunstâncias que podem suscitar a responsabilidade civil da polícia (*Anderson v. Creighton*, 1987; *Monroe v. Pape*, 1961). Além do reexame de ações policiais, a Corte já julgou também questões como a dessegregação nas escolas (*Alexander v. Holmes County Board of Education*, 1969; *Swann v. Charlotte-Mecklenburg Board of Education*, 1971) e a adequação de instalações prisionais (*Rhodes v. Chapman*, 1981; *Whitley v. Albers*, 1986) e de hospitais psiquiátricos (*Connecticut Dept. of Income Maint. v. Heckler*, 1985; *Zinermon v. Burch*, 1990).

Uma vez que o reexame judicial de decisões tomadas pelo Executivo é algo bastante comum, Davis observou há mais de 30 anos que “se a separação de poderes obstar o reexame da discricionariedade de autoridades do Executivo, então mais de 100 decisões prolatadas pela Suprema Corte nos últimos 175 anos deverão ser consideradas contrárias à Constituição” (DAVIS, 1969, p. 210). Por certo, é verdade que a doutrina da separação de poderes proíbe que os juízes usurpem o poder de executar a lei aos promotores de justiça. Mas há uma grande diferença entre o Judiciário tomar o lugar do Ministério Público e cumprir os deveres que deveriam ser cumpridos pelos membros deste e o Judiciário prover a supervisão necessária para impedir a tomada de decisão arbitrária ou injustificável dos mesmos. A separação

dos poderes, assim, não deveria servir de justificativa para o retraimento do Judiciário diante de sua obrigação de controlar o abuso e o mau uso do poder acusatório (DAVIS, 1969; GOLDSTEIN, 1981; VORENBERG, 1981).

Um princípio de fundamental importância que tem sido repetidamente defendido pela Suprema Corte dos Estados Unidos é o de que a aplicação eficiente da lei não pode ocorrer à custa dos direitos constitucionais dos cidadãos (*Mapp v. Ohio*, 1961; *Miranda v. Arizona*, 1966; *Payton v. New York*, 1980). Se a aplicação eficiente da lei fosse a única meta da Justiça Penal, a Corte bem poderia relaxar o escrutínio judicial das ações de aplicação da lei. A Corte, contudo, nunca se sentiu à vontade para deixar poderes irrestritos nas mãos da polícia. Para se compreender o status especial que a Corte confere aos promotores de justiça, faz-se necessário um exame da presunção consolidada da Corte de que os promotores de justiça sempre se desincumbem de seus deveres de forma adequada.

A Suprema Corte julgou, ação após ação, que a deferência judicial à tomada de decisão acusatória se justifica pelo pressuposto de que os promotores de justiça, como membros de uma profissão respeitada, são capazes de se desincumbir de seus deveres oficiais de forma apropriada (*United States v. Ash*, 1973; *United States v. Bagley*, 1985; *United States v. Chemical Foundation Inc.*, 1926; *Wayte v. United States*, 1985). Embora ninguém devesse duvidar de que os membros do Ministério Público se desincumbam adequadamente de suas obrigações oficiais, não há razão para desconsiderar a possibilidade de ocorrência de irregularidades acusatórias. No sistema norte-americano, o processo político ajuda de forma significativa a moldar o papel dos promotores de justiça, e existe uma possibilidade real de que a influência política pese no processo de tomada de decisão dos promotores (DUBBER, 1997; GERSHMAN, 1992; HELLER, 1997; VORENBERG, 1981). Os promotores de justiça podem, por razões políticas, lidar com determinados indivíduos de forma rigorosa ou branda. Também é possível que a raça de um indivíduo pese na tomada de decisão da acusação. É por essas razões que o ministro Stevens, em seu parecer de dissidência na ação *Armstrong*, afirmou: “a possibilidade de que animosidades políticas ou raciais influenciem negativamente a decisão de instaurar ações penais não pode ser ignorada” (*United States v. Armstrong*, 1996, p. 476). Tal possibilidade, contudo, é em geral desconsiderada pela atual abordagem da Corte de isolar os promotores de justiça do reexame e da supervisão judicial.

O Judiciário norte-americano poderia desempenhar um papel mais ativo na supervisão do exercício da discricionariedade do Ministério Público sem que seus juízes assumissem os papéis dos juízes continentais. O controle do Ministério Público pode ser aumentado sem que se mude radicalmente o papel tradicional desempenhado pelos juízes no sistema

norte-americano. Um passo modesto em direção ao aumento desse controle por meio da supervisão judicial seria exigir que os promotores de justiça fundamentem por escrito suas decisões acusatórias. Os países de direito continental parecem bastante cientes da importância de se exigir justificativas dos promotores para suas decisões. Na Alemanha, os promotores de justiça devem apresentar razões escritas para suas decisões processuais, incluindo aquelas que concernem às várias formas de transação penal. Na Itália, a promotoria também precisa justificar por escrito suas decisões acusatórias. Além disso, para assegurar que a supervisão judicial dos recém-criados procedimentos que evitam o julgamento não se transforme em mera formalidade, a lei exige que os juízes apresentem suas razões para aceitar os acordos transacionados entre promotores e réus.

Em geral, os promotores norte-americanos não precisam fundamentar suas decisões por escrito. Os juízes se dispõem a aceitar as decisões dos promotores de justiça como constitucional e juridicamente adequadas sem exame independente. Em *Singer v. United States* (1965), a Suprema Corte dos Estados Unidos decidiu que os promotores não precisam apresentar razões quando indeferirem a renúncia de um réu ao julgamento pelo júri. A Corte baseou sua decisão em fundamento bem conhecido, qual seja, sua “confiança na integridade do Ministério Público Federal” (*Singer v. United States*, 1965, p. 34). A disposição da Corte para tolerar um grau de confidencialidade na tomada de decisão de um dos órgãos mais cruciais da Justiça Penal é um tanto incompatível com o ideal de um sistema jurídico aberto e decente.

Há diversas vantagens em exigir que os promotores de justiça apresentem justificativas para suas decisões. A obrigação de justificar suas decisões certamente obrigaria os promotores a serem mais cuidadosos em suas tomadas de decisão. Essa exigência facilitaria também ao Ministério Público exercer uma supervisão interna. Mas a vantagem mais importante dessa exigência é que o registro escrito deixado pelos promotores possibilitaria aos juízes avaliar melhor a adequação da tomada de decisão acusatória. Quando a adequação de uma decisão do promotor for contestada, caso considere tal decisão compatível com a imparcialidade e com os procedimentos instituídos, o juiz irá convir com a justeza da decisão. Caso a decisão do promotor se desvie patentemente dos padrões gerais de imparcialidade e da lei, o promotor deverá ser obrigado a apresentar as bases racionais para o desvio e a convencer o juiz de que esse desvio não se baseia em fundamentos vedados pela Constituição e a lei.

Ao tomar decisões de acusação, os promotores de justiça levam um leque de fatores em consideração. Além da suficiência probatória, eles levam em consideração a atitude da vítima, o custo da ação para o sistema de Justiça Penal, o cuidado em evitar um dano indevido ao suspeito, a disponibilidade de procedimentos alternativos, o uso de sanções civis e a disposição do suspeito em cooperar com as autoridades policiais (MILLER, 1970; WALLACE, 1995). Ninguém deveria questionar a legitimidade dessas considerações feitas pelo Ministério Público. Segundo a doutrina da separação dos poderes, o Judiciário não deveria se intrometer nas decisões dos membros do Ministério Público em relação a quais fatores levar em consideração e a qual peso dar a cada um desses fatores, mas os juízes têm o dever de supervisionar a tomada de decisão dos promotores a fim de assegurar que a discricionariedade dos mesmos seja aplicada de maneira coerente e de equitativa. O devido processo legal não exige menos que isso.

Conclusão

A discricionariedade extraordinariamente ampla e essencialmente livre de freios dos promotores de justiça continua sendo uma das características mais distintivas da Justiça Penal norte-americana. Nos últimos 30 anos, os tribunais e os Legislativos, em nome de aumentar a imparcialidade da Justiça Penal norte-americana e de proteger os direitos das partes ao devido processo, impuseram restrições ao poder discricionário da polícia, aos juízes que fixam as penas, às comissões de livramento condicional e às autoridades penitenciárias. Os promotores de justiça, contudo, foram poupados dessa redução de poder discricionário. Na verdade, enquanto a capacidade discricionária de outras autoridades da Justiça Penal se contraía, aquela dos promotores se expandia. Os promotores de justiça são agora verdadeiramente as figuras mais centrais da administração da Justiça. A eles é confiado o poder de determinar com quem serão gastos os recursos penais e contra quem as sanções mais duras da sociedade serão aplicadas, mas o processo de tomada de decisão dos promotores está na maior parte isolado do reexame e da supervisão judicial. A falta de controle à discricionariedade dos promotores de justiça criou um grande potencial de abusos.

Contrastando com o poder em essência livre de freios dos promotores norte-americanos, a discricionariedade dos promotores de justiça dos países de tradição continental está sujeita a controle e supervisão muito mais estritos. Diante da pressão de lidar com um número cada vez maior de processos com recursos limitados, os países de direito continental também se voltaram para a transação penal como meio de agilizar a Justiça Penal e desafogar os tribunais do acúmulo de ações. Porém, até o momento, eles evitaram transformar a negociação da pena em um processo unilateral dominado pela promotoria. A experiência desses países parece indicar que,

ainda que a transação penal precise ser reconhecida como um componente da administração da Justiça, é possível haver transação penal sem ser coercitivo.

Os comparatistas há muito argumentam a favor de se usar o direito penal comparado como guia para a reforma jurídica norte-americana. Apesar do receio quanto à conveniência de se reformar um sistema jurídico com base na experiência de outro, a evolução dos diversos sistemas jurídicos mostra que sempre ocorrem migrações de institutos jurídicos de uma cultura para outra. Os transplantes jurídicos são não apenas factíveis, mas desejáveis (EHRMANN, 1976; JACKSON & TUSHNET, 1999; SCHLESINGER, BAADE, HERZOG, & WISE, 1998; ZWEIGERT & KÖTZ, 1987). Hoje, com o mundo entrando numa nova era de globalização, aqueles que consideram que o sistema norte-americano, por causa de suas características únicas, nunca poderá ser reformado com base em modelos estrangeiros parecem ainda estar olhando para os problemas de uma perspectiva provinciana e auto-centrada. Num mundo que encolhe cada vez mais rápido, para produzir reformas significativas, os reformadores dos Estados Unidos devem estar dispostos a olhar para fora, para a experiência de outros países, e se abrir à possibilidade de que os outros possam ter desenvolvido abordagens e procedimentos que podem guiar a reforma jurídica norte-americana.

Referências

- ALBRECHT, H. J. Criminal prosecution: Developments, trends and open questions in the Federal Republic of Germany. *European Journal of Crime, Criminal Law, and Criminal Justice*, 8(3), 2000. p. 245-256.
- Alexander v. Holmes County Board of Education, 396 U.S. 19, 1969.
- ALSCHULER, A. Implementing the criminal defendant's right to trial: Alternatives to the plea bargaining system. *University of Chicago Law Review*, 50, 1983. p. 931-1050.
- AMERICAN BAR ASSOCIATION. Standards for criminal justice: The prosecution function. Boston: Little, Brown, and Company, 1986.
- Anderson v. Creighton, 483 U.S. 635, 1987.
- ARNOLD, T. Law enforcement: An attempt at social discretion. *Yale Law Journal*, 42, 1932. p. 1-24.
- Atwater v. City of Lago Vista, 533 U.S. 924, 2001.
- BOARI, N. On the efficiency of penal systems: Several lessons from the Italian experience. *International Review of Law and Economics*, 17, 1997. p. 115-125.
- Bordenkircher v. Hayes, 434 U.S. 357, 1978.
- Brady v. Maryland, 373 U.S. 83, 1963.
- Brady v. United States, 397 U.S. 742, 1970.
- Connecticut Dept. of Income Maint. v. Heckler, 471 U.S. 524, 1985.
- CURRIE, E. Crime and punishment in America. New York: Metropolitan Books, 1998.

- DAVIS, K. C. Discretionary justice. Baton Rouge: Louisiana State University Press, 1969.
- Decisão de 8 de fevereiro, Tribunal Constitutional Italiano, 1990.
- Decisão de 18 de abril, Tribunal Constitutional Italiano, 1990.
- Decisão de 15 de fevereiro, Tribunal Constitutional Italiano, 1991.
- Decisão de 29 de março, Tribunal Constitutional Italiano, 1993.
- DUBBER, M. D. American plea bargaining, German lay judges, and the crisis of criminal procedure. *Stanford Law Review*, 49, 1997. p.547-605.
- EHRMANN, H. W. Comparative legal cultures. Englewood Cliffs, NJ: Prentice-Hall, 1976.
- ELY, J. Democracy and distrust. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1980.
- FASSLER, L. J. The Italian Penal Procedure Code: An adversarial system of criminal procedure in continental Europe. *Columbia Journal of Transnational Law*, 29, 1991. p. 245-279.
- FIELD, S., WEST, A. A tale of two reforms: French defense rights and police powers in transition. *Criminal Law Forum*, 6, 1995. p. 473-506.
- FIONDA, J. Public prosecutors and discretion: A comparative study. Oxford, NY: Clarendon Press, 1995.
- Florida v. J. L., 529 U.S. 266, 2000.
- FRASE, R. S. Comparative criminal justice as a guide to American law reform: How do the French do it, how can we find out, and why should we care? *California Law Review*, 78, 1990. p. 539-683.
- FRASE, R. S., WEIGEND, T. German criminal justice as a guide to American law reform: Similar problems, better solutions? *Boston College International and Comparative Law Review*, 18, 1995. p. 317-360.
- GERSHMAN, B. L. The new prosecutors. *University of Pittsburgh Law Review*, 53, 1992. p. 393-458.
- GIFFORD, D. G. Meaningful reform of plea bargaining: The control of prosecutorial discretion. *University of Illinois Law Review*, 1983. p. 37-98.
- GLENDON, M. A. The sources of law in a changing legal order. *Creighton Law Review*, 17, 1984. p. 663-698.
- GOLDSTEIN, A. S. The passive judiciary: Prosecutorial discretion and the guilty plea. Baton Rouge: Louisiana State University Press, 1981.
- GOLDSTEIN, B. L., Marcus, M. The myth of judicial supervision in three "inquisitorial" systems: France, Italy, and Germany. *Yale Law Journal*, 87, 1977. p. 240-283.
- GORDON, D. R. The return of the dangerous classes. New York: Norton, 1994.
- GRANDE, E. Italian criminal justice: Borrowing and resistance. *American Journal of Comparative Law*, 48, 2000. p. 227-260.
- HATCHARD, J., HUBER, B., VOGLER, R. *Comparative criminal procedure*. London: British Institute of International and Comparative Law, 1996.
- HELLER, R. Selective prosecution and the federalization of criminal law: The need for meaningful judicial review of prosecutorial discretion. *University of Pennsylvania Law Review*, 145, 1997. p. 1039-1358.
- HERRMANN, J. Bargaining justice: A bargain for German criminal justice? *University of Pittsburgh Law Review*, 53, 1992. p.755-776.

Illinois v. Gates, 462 U.S. 213, 1983.

Illinois v. Wardlow, 528 U.S. 119, 2000.

Indianapolis v. Edmond, 531 U.S. 32, 2001.

JACKSON, R. H. The federal prosecutor. *Journal of American Judicature Society*, 24, 1940. p.18-19.

JACKSON, V. C., TUSHNET, M. *Comparative constitutional law*. New York: Foundation Press, 1999.

Kyles v. Whitley, 514 U.S. 419, 1995.

LANGBEIN, J. H. Controlling prosecutorial discretion in Germany. *University of Chicago Law Review*, 41, 1974. p.439-467.

LANGBEIN, J. H. *Comparative criminal procedure: Germany*. St. Paul: West, 1977.

LANGBEIN, J. H. Land without plea bargaining: How the Germans do it. *Michigan Law Review*, 78, 1979. p.204-225.

LANGBEIN, J. H. Mixed court and jury court: Could the continental alternative fill the American need? *American Bar Foundation Research Journal*, 1981. p.195-219.

LEIGH, L. H., ZEDNER, L. *The Royal Commission on Criminal Justice: A report on the administration of criminal justice in the pretrial phase in France and Germany*. London: HMSO, 1992.

MACK, R. L. It's broken so let's fix it: Using a quasi-inquisitorial approach to limit the impact of bias in the American criminal justice system. *Indiana International & Comparative Law Review*, 7, 1996. p.63-93.

Mapp v. Ohio, 367 U.S. 643, 1961.

MERRYMAN, J. H. *The civil law tradition*. Stanford, CA: Stanford University Press, 1985.

Michigan Department of State Police v. Sitz, 496 U.S. 444, 1990.

MILLER, F. W. *Prosecution: The decision to charge a suspect with a crime*. Boston: Little Brown, 1970.

MILLER, J. J. Plea bargaining and its analogues under the new Italian Criminal Procedure Code and in the United States: Towards a new understanding of comparative criminal procedure. *New York University Journal of International Law & Politics*, 22, 1990. p.215-251.

Miranda v. Arizona, 384 U.S. 436, 1966.

MISNER, R. Recasting prosecutorial discretion. *Journal of Criminal Law & Criminology*, 86, 1996. p.717-777.

Monroe v. Pape, 365 U.S. 167, 1961.

New York v. Quarles, 467 U.S. 649, 1984.

Newman v. United States, 382 F.2d 479 (D.C. Cir.), 1967.

Nix v. Williams, 467 U.S. 431, 1984.

OHLIN, L. E., REMINGTON, F. J. (Eds.). *Discretion in criminal justice: The tension between individualization and uniformity*. Albany: SUNY Press, 1993.

Oyler v. Boles, 368 U.S. 448, 1962.

Payton v. New York, 445 U.S. 537, 1980.

PIZZI, W. T. Understanding prosecutorial discretion in the United States: Limits of comparative criminal procedure as an instrument of reform. *Ohio State Law Journal*, 54, 1993. p.1325-1373.

PIZZI, W. T., & Marafioti, L. The new Italian Code of Criminal Procedure: The difficulties of building an adversarial system on a civil law foundation. *Yale Journal of International Law*, 17, 1992. p.1-40.

Rhodes v. Chapman, 452 U.S. 337, 1981.

Santobello v. New York, 404 U.S. 257, 1971.

SCHLESINGER, R. Comparative criminal procedure: A plea for utilizing foreign experience. *Buffalo Law Review*, 26, 1977. p.361-385.

SCHLESINGER, R., BAADE, H. W., HERZOG, P. E., WISE, E. M. Comparative law. New York: Foundation Press, 1998.

SCHRAMM, G. The obligation to prosecute in West Germany. *American Journal of Comparative Law*, 18, 1970. p.627-632.

SHEEHAN, A. V. Criminal procedure in Scotland and France. Edinburgh, Scotland: HMSO, 1975.

Singer v. United States, 380 U.S. 24, 1965.

Swann v. Charlotte-Mecklenburg Board of Education, 402 U.S. 1, 1971.

SWENSON, T. The German plea bargaining debate. *Pace International Law Review*, 7, 1995. p.373-429.

TERRILL, R. J. World criminal justice systems. Cincinnati: Anderson, 1999.

Terry v. Ohio, 392 U.S. 1, 1968.

TOMLINSON, E. Nonadversarial justice: The French experience. *Maryland Law Review*, 42, 1983. p.131-195.

United States v. Agurs, 427 U.S. 97, 1976.

United States v. Armstrong, 517 U.S. 456, 1996.

United States v. Ash, 413 U.S. 300, 1973.

United States v. Bagley, 473 U.S. 667, 1995.

United States v. Chemical Foundation Inc., 272 U.S. 1, 1926.

United States v. Leon, 468 U.S. 897, 1984.

United States v. Mezzanatto, 513 U.S. 196, 1995.

UVILLER, H. R. The tilted playing field. New Haven, CT: Yale University Press, 1999.

VAN CLEAVE, R. A. An offer you can't refuse? Punishment without trial in Italy and the United States: The search for truth and an efficient criminal justice system. *Emory International Law Review*, 11, 1997. p.419-469.

VAN KESSEL, G. Adversarial excesses in the American criminal trial. *Notre Dame Law Review*, 67, 1992. p.403-551.

VERREST, P. The French Public Prosecution Service. *European Journal of Crime, Criminal Law, and Criminal Justice*, 8(3), 2000. p.210-244.

VORENBERG, J. Decent restraint of prosecutorial power. *Harvard Law Review*, 94, 1981. p. 1521-1573.

VOUIN, R. The role of the prosecutor in French criminal trial. *American Journal of Comparative Law*, 18, 1970. p.483-497.

WALKER, S. Taming the system: The control of discretion in criminal justice, 1950-1990. New York: Oxford University Press, 1993.

WALLACE, H. A prosecutor's guide to stalking. *The Prosecutor*, 29, 1995. p.26-30.

Washington v. Davis, 426 U.S. 229, 1976.

Wayte v. United States, 470 U.S. 598, 1985.

WEIGEND, T. Continental cures for American ailments: European criminal procedure as a model for law reform. *Crime and Justice: An Annual Review of Research*, 2, 1980. p. 391-429.

WEST, A., DESDEVEISES, Y., FENET, A., GAUTIER, D., & HEUSSAFF, M. C. *The French legal system*. London: Format Publishing, 1993.

Whitley v. Albers, 475 U.S. 312, 1986.

Yick Wo v. Hopkins, 118 U.S. 356, 1886.

ZAUBERMAN, R. Victims en France: Des positions, intérêts et stratégies diverses. *Déviance et Société*, 15(1), 1991. p.27-49.

Zinerman v. Burch, 494 U.S. 113, 1990.

ZWEIGERT, K., KOTZ, H. *Introduction to comparative law*. Oxford, NY: Clarendon Press, 1987.

(Footnotes)

1 Possibilidade que têm os titulares de funções políticas (*e.g.*: o Ministro da Justiça ou *Attorney General*) de impor diretrizes de caráter geral aos órgãos do Ministério Público.



ISSN 2236-22363



CONSELHO
NACIONAL DO
MINISTÉRIO PÚBLICO

ISSN 2236-22363