

O Ministério Público na Hora da Globalização: O Presente e o Futuro

António Francisco de Araújo Lima CLUNY*

• **RESUMO:** A proteção da legalidade democrática em um Estado Democrático e Social do Século XX, pressupõe, *precisamente*, a idéia de proteção igual da ordem e a *necessidade (democrática)* de que ela foi, na verdade, aplicada igualmente a todos os cidadãos. A *profissão de Promotor Público* como *um órgão de Justiça*, propõe *imediatamente* a idéia de um propulsor organizacional da legalidade; ex. da igualdade. Pela iniciativa do Promotor Público, a corte pode proteger e ratificar *muitos* direitos cíveis e sociais que, *se dependessem da lei*, não encontrariam indivíduos ou protagonistas sociais capazes, por eles mesmos, de liquidá-los.

• **PALAVRAS-CHAVE:** Iniciativa autónoma do Ministério Público. Tribunal: como poder soberano de Estado. Crise do poder político; antagonismo com a Justiça. O direito da globalização. “Nova” legitimação do Ministério Público. Responsabilidade comunitária. Justiça: projecto inclusivo dos cidadãos. Credibilizar o Ministério Público.

¹ Discutir o Ministério Público e o seu papel no sistema de Justiça, implica, necessariamente, fazer uma incursão na sua história e nos objectivos que, mais ou menos recentemente, lhe foram sendo traçados, configuraram o seu presente e condicionam o seu futuro.

Por isso, quando se analisa e procura abordar, hoje, as funções, a legitimidade social e institucional e os limites da intervenção processual que cabem em cada sistema de Justiça ao Ministério Público, discute-se, no fundo, em primeiro plano, a razão de ser – a natureza – desta instituição no seio das instituições a quem o Estado incumbe de realizar a Justiça e o Direito.

Na verdade, o que se suscita é, nada menos, do que a própria razão de ser do Ministério Público

como instituição e o papel que – independentemente da configuração e inserção constitucional que ele assume nos diferentes países – lhe está reservado na dinâmica do sistema judicial do Estado.

E, esta questão remete-nos, de imediato, para o conceito mais geral de Justiça e para a sua relação com as funções que, numa sociedade democrática e num Estado de Direito e, mais ainda, num Estado Social de Direito, estão cometidas à Lei, ao Direito e aos órgãos de Justiça.

Por isso, a questão do papel do Ministério Público não pode, também, ser desligada da problemática das funções atribuídas aos outros órgãos de Justiça e mormente, às que, numa dada sociedade, são conferidas aos Tribunais.¹

Nesta perspectiva, a discussão em torno da função axial do Ministério Público não deve deixar de se reflectir no exame que, em concreto, se fizer das missões específicas que as Constituições ou as leis (ainda) lhe atribuem e que, em última análise, querem, também, definir para os Tribunais, no âmbito das funções reservadas ao Estado e da diferenciação de estatutos e papeis que os seus diversos órgãos devem, inevitavelmente, assumir e desenvolver.²

* Presidente do Sindicato dos Magistrados do Ministério Público. Licenciado em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Clássica de Lisboa.

¹ Tribunais pensados como órgãos complexos, no qual, em muitos sistemas judiciais europeus, o Ministério Público se integra constitucionalmente. Pelo menos naqueles que recolhem a sua directa inspiração no modelo francês, como são, por exemplo, o belga, o italiano e o português. Acresce que, nestes dois últimos a integração do Ministério Público no poder judicial resulta directamente da Constituição.

² Dizia Klaus Roxin, o conceituado professor das Universidades de Göttingen e Munique na Alemanha: “Él no es, de modo alguno, agente ejecutor de la jurisdicción, sino su par, en igualdad de condiciones, en la administración de justicia, y en esta posición,

Alinhar essas funções em razão da sua importância sistémica ou histórica e relacioná-las entre si (e entre si) e as funções atribuídas aos Tribunais e ao Ministério Público, impõe-se, pois, como da maior relevância, para a determinação do escopo fundamental deste último órgão de Justiça nos diferentes ordenamentos judiciários.

Compreender a função do Ministério Público, a sua capacidade de iniciativa e autonomia e a sua importância relativa no seio de uma sociedade, dá-nos, assim, uma imagem muito precisa do nível de envolvimento do actual de um Estado com a realização da Justiça e, por outro lado, o nível de autonomia e riqueza da sociedade civil de uma dada nação.

2. No essencial, todos os sistemas judiciários e os seus órgãos de justiça – Ministério Público e Tribunais – foram pensados no âmbito da realização do Estado-Nação e, mais recentemente, depois da 2ª Guerra Mundial, foram sendo desenvolvidos numa dinâmica e lógica democráticas mais aprofundadas, a que não são estranhas a emergência das finalidades do Estado-Social que assomou como paradigma dos Estados Democráticos no final daquele conflito.

Órgãos como o Ministério Público e os Tribunais foram, assim, inicialmente concebidos e sendo, depois, aperfeiçoados para que o Direito produzido no espaço de uma sociedade política, territorialmente delimitada, organizada e autónoma, fosse realizado, cumprindo-se, deste modo, também através dele, o próprio projecto político de uma sociedade.

A sua dinâmica e relevância social estão, assim associadas ao próprio papel e evolução do Direito como instrumento de realização dos direitos; alguns deles já então aparentemente contraditórios entre si e assistemáticos relativamente às raízes

como hemos visto, es llamado a efectuar un juicio jurídico independiente.” In: *Posición Jurídica y Tareas Futuras del Ministerio Público* (Conferência do ano de 1969 no centenário do MP de Hamburgo – texto incluído no livro *El Ministerio Público en el proceso penal*, 2003, p. 48.)

essencialmente liberais das velhas Constituições e Códigos Civis do Sec. XIX e princípio do XX.

A questão está, pois, hoje, em saber se, com o processo de globalização económica e as resultantes políticas e necessariamente jurídicas que esse processo comporta, é ainda possível ao Ministério Público e, por sua via, também aos Tribunais cumprir as funções para que, naquele circunstancialismo político, foram sendo pensados.

Desde logo, por isso, saber se aquelas instituições que foram projectadas para que o Direito e a Lei – instrumentos privilegiados de projecção e cumprimento do desígnio político do Estado Democrático e Social – pudessem, efectivamente, permitir a concretização dos direitos dos cidadãos que as novas Constituições consagraram, asseguram as virtualidades necessárias em sociedades onde o “contrato” entre partes socialmente singulares (mas com pesos distintos) tende já a sobrepor-se à vontade geral, tradicionalmente espelhada na Lei votada no Parlamento.

Acresce, porém, uma outra dimensão de reflexão. A consideração da possibilidade da sobrevivência de uma instituição – o Ministério Público – dotada de autonomia e com iniciativa processual, no âmbito de um Estado que, no fundamental, já não se consegue pensar como o realizador de um *bem comum* (qualquer que seja o conceito de bem comum que uma sociedade e um Estado defendam ou queiram num momento histórico realizar), mas, preferentemente e apenas, como um instrumento privilegiado de dinamização e competitividade internacional dos interesses económicos dominantes numa concreta sociedade.

Como conceber, então, neste outro Estado, ou neste Estado em transição, a autonomia do Ministério Público e, mais ainda, a sua capacidade de, por iniciativa própria e fundado apenas nos valores de que a Constituição o incumbiu, procurar realizar o Direito de uma dada sociedade e os direitos dos seus cidadãos, quando estes podem condicionar ou estar mesmo em confronto directo com aqueles interesses agora arvorados pelo Estado como seu objectivo político fundamental?

É na procura e análise desta perplexidade actual do posicionamento do Ministério Público, enquanto órgão deste Estado em mutação e a sua função constitucional de potestativo e autónomo defensor dos direitos fundamentais e sociais dos cidadãos, que iremos desenvolver a nossa reflexão sobre o seu papel e viabilidade nos dias de hoje.

3. Entre as funções normalmente atribuídas ao Ministério Público sobressai, normalmente, a que se relaciona com o exercício da acção penal e com a execução da política criminal.³

Em muitos países é, aliás, essa a única referência funcional que lhe é reconhecida.

Lembremo-nos, desde logo, de Montesquieu (Livre VI, Chap. VII):

Nous avons aujourd’hui une loi admirable: c’est celle qui veut que le prince, établi pour faire exécuter les lois, un officier dans chaque tribunal, pour poursuivre, en son nom, tous les crimes: de sorte que la fonction des délateurs est inconnue parmi nous.

No entanto, com o incremento das funções do Estado ocorridas no Sec. XX, não menor importância veio a revestir a genérica tarefa de defesa da legalidade democrática, atribuição que lhe é normalmente reconhecida em vários ordenamentos judiciários, mais não seja por, no fundo, dela decorrer, sistematicamente, toda a restante e concreta pléiade de funções que, em muitos outros casos, ao Ministério Público são atribuídas por leis avulsas.

Desta última atribuição – a defesa da legalidade democrática – podemos dizer que resultam, por isso, no fundamental, todas as outras funções que as diferentes leis lhe queiram cometer e que,

³Diz, ainda, Klaus Roxin (op. cit., p. 48): “Sin embargo, en nuestro contexto es decisiva la comprensión de que la función del ministerio público de garantizar la libertad, inherente aun Estado de Derecho, alcanza ciertamente su más pura expresión, cuando se adopta el punto de vista aquí sostenido, de que por regla puede ser impuesta una pena, únicamente, cuando dos autoridades de la justicia lea una de la otra, ministerio público y tribunal, juzgan coincidentemente a un comportamiento como punible.”

assim, não representam mais do que um acentuar concreto daquela mais abrangente missão deste órgão de justiça.⁴

E dela resulta, de qualquer forma, também, o próprio exercício da acção penal, a missão inicial que, mais especificamente, na maioria dos ordenamentos jurídicos, é, como referimos, cometida ao Ministério Público.

A defesa da *legalidade democrática* – e portanto do projecto político que ela quer realizar – pressupõe, precisamente, porque se acentua a sua vertente “*democrática*” a ideia de submissão de todos os cidadãos à lei e a necessidade (democrática) de que ela seja, realmente, aplicada por igual a todos os cidadãos.⁵

A questão da igualdade jurídica dos cidadãos anda, pois, nesta perspectiva, directamente relacionada com as próprias características de generalidade e abstracção da Lei ou da legalidade que ao Ministério Público cabe, globalmente, defender.

Porém, a ideia de igualdade que cabe ao Ministério Público sustentar deverá, neste contexto político, tender a ultrapassar, como adiante procuraremos demonstrar, uma concepção apenas formal de igualdade na lide forense, de molde a que ela, afinal, possa ser consubstanciada numa possibilidade real de usufruto dos direitos, por parte dos cidadãos, quer individualmente considerados, quer como conjunto de corpos e interesses políticos, livremente organizados e detentores da soberania do Estado.

⁴Disse ainda Klaus Roxin (op. cit., p. 48) na mesma ocasião, referindo-se ao MP: “La función de custodio de las leyes rige, por lo tanto, también frente a los tribunales, así como la inversa, naturalmente, los tribunales examinan, de acuerdo a los parámetros de su propio entendimiento, la concepción jurídica del ministerio público, cuando a ellos les toca ocuparse del asunto”.

⁵A própria ideia de “*legalidade democrática*” acentuou-se como conceito, depois da 2ª Guerra nas Constituições dos países vencidos ou dos que, mais tarde, como Portugal e Espanha, acabaram por derrotar as ditaduras que por meio século os dominaram. Este conceito, que foi contraposto à ideia de “estado de legalidade” que, apesar de tudo, subsistiu em alguns desses países, mesmo durante as ditaduras, acabou assim por fazer coincidir a sua consagração com a de “estado social” que também enformou as novas democracias saídas da Guerra ou das ditaduras “fascistas” do Sec. XX.

É que, se a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 26 de Agosto de 1789 podia afirmar, no seu artigo 1.º, que os homens nascem livres e iguais em direitos, uma tal proclamação passou no Estado-Social de Direito do pós-guerra, a ter de ser entendida apenas, como a afirmação de uma possibilidade, uma capacidade, que cabe à sociedade (ao Estado) e a cada um de nós tornar possível e verdadeira.

Contudo, para que, realmente, essa afirmação faça sentido, não apenas como um ponto de partida hipotético, mas, também, como um fim que se justifica por si mesmo, foi essencial trilhar, no decurso da história, um longo e árduo caminho no aperfeiçoamento das instituições que organizaram a nossa vida colectiva e a tornaram possível e necessária ao exercício da cidadania.

Por isso, também, a diferença que podemos desde já estabelecer entre *uma função geral de igualdade*, inerente à defesa directa da legalidade e a *pró-actividade* e as *funções concretas* que, por causa do restabelecimento da igualdade possível (natural ou socialmente inexistente entre certas categorias de cidadãos), são atribuídas estatutária e legalmente ao Ministério Público em função das linhas orientadoras das Constituições mais modernas; linhas essas, conseqüentemente, adequadas ao levantamento do edifício jurídico próprios de Estados Sociais de Direito.⁶

Esta função de igualdade ínsita a qualquer ideia de legalidade democrática moderna – e portanto do projecto político que ela quer realizar – baseia-se, por isso, na necessária realização pelo Estado do *bem comum*, pensado este, não como algo distinto do bem individual, mas como aquele conjunto de condições sociais base que, num dado território, pode permitir realizar o bem individual, sem que isso signifique um sacrifício excessivo de outros bens individuais igualmente relevantes.

Podemos, assim, desde já, salientar como *atribuições legais e gerais de igualdade* tendentes à defesa do bem comum pelo Ministério Público, a

função constitucional de defesa da legalidade democrática, (de que decorre, depois, por exemplo, grande parte do papel deste órgão de Justiça no contencioso administrativo) e ainda, por sua consequência directa e explícita, o exercício da acção penal, ou a atribuição legal da, não menos importante, defesa contenciosa dos direitos colectivos e interesses difusos dos cidadãos.

Além disso, e como forma de superação das reais e concretas desigualdades naturais e sociais de gozo dos direitos por parte dos cidadãos individualmente considerados ou categorias de cidadãos socialmente especificados, podemos, também, realçar as funções que, em muitos ordenamentos judiciais, lhe são cometidas, designadamente as da representação dos menores, dos incapazes e dos ausentes e, bem assim, noutros ordenamentos, como o português e, de certa forma, também o Belga, a dos próprios trabalhadores e suas famílias.

Daí que, embora em asserções diferentes, sempre que se fala na vocação do Ministério Público enquanto órgão de justiça, logo ocorra a ideia de uma organização propulsora da *igualdade*, ideia fundamental e legitimadora da sua existência como instituição autónoma de Justiça.

Ou seja, a ideia de instrumento institucional da *igualdade do cidadão perante a lei (e dela decorrente)* constitui, por isso, o fundamento da existência do Ministério Público. Nessa medida, porém, também, contribui, como pressuposto mínimo, para a realização da função dos Tribunais, enquanto órgãos de soberania encarregados de, num Estado determinado, dizer o direito no caso concreto e de administrar a Justiça a todos os cidadãos.

Isto é, a ideia de que o Tribunal, na sua função de reprimir a violação da legalidade, de dirimir conflitos ou de declarar e afirmar direitos, não o faz em função, apenas, de alguns interesses específicos, vertidos directa, mas parcelarmente, na lei e sendo privilegiada e passivamente escolhido por alguns cidadãos ou grupos de cidadãos mais eficazes e activos na realização dos seus interesses exclusivos.

Por via da intervenção, acção e iniciativa processual do Ministério Público, pode, assim, o Tribunal defender e afirmar todos os outros direitos que a Constituição e a Lei também quis proteger e afirmar e que, circunstancialmente, não encontraram

protagonistas individuais ou sociais interessados ou capazes de, por si sós, os fazer vingar. Assim se evita, na prática – por via desta iniciativa autónoma do Ministério Público – a crise da coerência do sistema legal como suporte e expressão efectiva de uma vontade geral e soberana dos cidadãos.⁷

E, no entanto, tal ideia não parece facilmente apreensível se não nos debruçarmos mais detalhadamente sobre o significado teórico e as determinantes práticas das específicas tarefas atribuídas ao Ministério Público, designadamente a que resulta da própria natureza da sua função primordial, a acção penal.⁸

4 Quando pensamos a igualdade do cidadão perante a lei, isto é, a posição que formalmente cada cidadão possui e de que pode virtualmente usufruir em função da sua qualidade específica e de acordo com a medida de direitos que a lei lhe confere – não podemos, todavia, deixar de lembrar a concreta situação ante ou extra-jurídica de cada cidadão ou grupo de cidadãos ou, dito de outro modo, a sua condição socio-económica e cultural.⁹

Em suma, pensar a igualdade de um cidadão perante a Lei, não é o mesmo que pensar (medir) a igualdade dos cidadãos em termos de direitos substantivos, abstractos ou processuais.¹⁰

⁷ Esta concepção resulta, aliás, directa e indirectamente de inúmeras declarações e documentos internacionais.

⁸ Ver, a este propósito, o interessante estudo de Michel Danti-Juan, *L'égalité en Droit Penal* (1987), e não menos interessante prefácio, a esta obra, de Jean Pradel, que se refere a certo passo “[...] Comme on le devine déjà, le principe juridique de l'égalité, s'il s'applique à toutes les branches du droit, présente une importance particulière en matière pénale. Ne touche-t-il pas en effet à ses questions aussi variées que les incriminations relatives aux discriminations, le classement sans suite, la correctionnalisation, les circonstances atténuantes, la grâce (Qui selon les cas, supprime ou restaure l'égalité) ou plus généralement l'individualisation de la peine?”

⁹ Ver arts. 10, 20, 30 da DUDH, arts. 60 e 140 da CEDH, art.s. 20, no 1 e 30 do PIDCP.

¹⁰ Ver comentário (3.1) ao art. 60 da CEDH, de Ireneu Cabral Barreto (1995, p. 96): “[...] Assim a igualdade não é mais a igualdade perante a lei, mas a igualdade através da lei; verdadeiramente a lei acaba por ser um instrumento positivo utilizado ao serviço de uma intenção normativa que a ultrapassa.” Ver ainda, tal como naquela obra se recomenda, Castanheira Neves (1975, v. LI).

A abordagem desta questão ultrapassa uma perspectiva estritamente jurídica e, mais ainda, judiciária e coloca a questão meta-jurídica da igualdade, como conjunto de condições económicas e sociais dos indivíduos e dos grupos sociais capazes de lhes permitir, não uma ostentação abstracta e um gozo hipotético dos mesmos, mas uma possibilidade tendencialmente equilibrada de os usufruir efectivamente.¹¹

Nesta perspectiva, a igualdade dos cidadãos, e as possibilidades que nela possa ter o Ministério Público de intervir para realizar, remetem-nos, a um tempo, directamente, para um plano da sua consideração extra sistémica relativamente ao Direito e, a outro, para uma análise do Ministério Público, como instituição que, integrando-se no sistema constitucional de Justiça, se situa, simultaneamente, antes dele (embora por causa dele) e no seu mais profundo âmago.

Ou seja, o Ministério Público como um dos motores privilegiados da aplicação e exercício processual da lei pelos Tribunais – legalidade que, aí, essencialmente, lhe incumbe defender (e no caso do Direito Penal, exercitar) – fá-lo, no entanto, a partir de uma sua opção e iniciativa ainda não judicial.¹²

Isto, na medida em que ela se funda num juízo prospectivo e de conhecimento anterior ao específico procedimento judicial, mas que só se pode desenvolver legitimamente (no caso do Direito Penal

¹¹ Estaremos aqui precisamente perante um dos conceitos de igualdade jurídica em que Letizia Gianformaggio (1995, p. 22/28) divide o princípio mais geral de igualdade jurídica: “B.4. – Eguaglianza giuridica come rimozione degli ostacoli al perseguimento dei progetti di vita (principio della solidarietà)”, que ela explica depois “[...] la specificità di questo principio rispetto ai precedenti sta in ciò, che l'eguaglianza è concepita come elemento esterno al diritto, come un fine che ritiene perseguibile, tra l'altro, attraverso il diritto.”

¹² Nesse sentido a obrigação constitucional ou legal de defesa da legalidade democrática atribuída, na maioria dos ordenamentos jurídicos e declarações internacionais ao Ministério Público, distingue-se, funcionalmente, de idêntica obrigação imposta a outras entidades. Ao Ministério Público incumbe tão só a defesa da legalidade nos tribunais e por causa da correspondente função constitucional destes de reprimir, por via processual, a sua violação.

⁶ É o caso das Constituições portuguesa e brasileira.

de forma ainda mais radicalmente exclusiva) com vista à sua concretização.¹³

Nisso difere, fundamentalmente, a acção do Ministério Público, da acção do juiz, porque esta está, desde logo, balizada pela conformação processual do caso *sub judice*.

Por isso e nesse sentido a actuação do Ministério Público, recolhendo directamente da *vida* a sua razão de agir, participa da essência do poder soberano – na vertente judicial – pois situando o seu *poder e vontade* de desencadear o procedimento judicial num plano ante-jurídico ou meta-jurídico, fá-lo orientado, essencialmente, pela *necessidade* de aplicação da Lei ao caso concreto, o que só por via da acção do Tribunal pode acontecer.¹⁴

Esta actuação do Ministério Público concretiza-se, por isso, por causa (ou apesar) da necessária obediência a estritos critérios de objectividade e do respeito pela sua função de defesa da legalidade.¹⁵

É este poder/dever do Ministério Público, quando lhe é conferida a possibilidade de ter uma *iniciativa autónoma*, que permite, por outro lado, ao Tribunal, corporizar um verdadeiro *poder soberano* de Estado – o poder judicial – não o limitando ou resumindo a um papel passivo de mera *autoridade* judiciária, como alguns têm pretendido, justificando assim a ambiguidade da ordem constitucional dos seus países.¹⁶

Daí, também, poder dizer-se que a autonomia do Ministério Público – qualquer que seja o seu en-

quadramento constitucional e estatutário – é condição da independência do poder judicial, pois só um poder independente – e só é independente se tiver iniciativa – é soberano.^{17,18}

Nestes termos, independentemente do concreto posicionamento constitucional, formal, do Ministério Público nos diversos ordenamentos jurídicos, ele não pode deixar de ser pensado nunca, senão como um órgão (próprio ou necessário) do poder judicial, (mesmo que, neste passo, face aos diversos ordenamentos constitucionais, tenhamos de socorrer-nos, aqui de uma concepção ampla deste poder do Estado), pelo menos para que este possa ser pensado como tal.

Sem este poder de iniciativa e de acção que em todos os ordenamentos jurídicos e constitucionais, em maior ou menor medida, cabe ao Ministério Público – quer ele seja entendido como órgão directamente integrado no poder judicial, quer ele seja, antes, pensado como um órgão constitucional e autónomo de Justiça, como acontece no sistema brasileiro – os Tribunais careceriam, afinal, da

¹³ A este propósito, mas em defesa da tese adversa que identifica a natureza da função judicial como uma função de *autoridade* – isto é, da não identificação dos Tribunais como um “*poder*” constitucional e soberano, atenta a passividade do juiz ver (na sequência e inspirado no pensamento de Hannah Arendt) o livro de Antoine Garapon (1996 e, designadamente, p. 180/181): “Le pouvoir est ce qui peut et l'autorité ce qui autorise. L'un prend l'initiative et réalise l'action, l'autre la censure ou la valide. Le pouvoir est liberté d'entreprendre, l'autorité contrainte procédurale, l'un est pouvoir, l'autre contre-pouvoir. Le premier est active et positif, l'autre passif et négatif. [...]”. Embora preconizando para o papel do judiciário uma legitimidade de natureza não democrática – directa ou indirecta, por via da subordinação à lei – e antes concebendo a legitimidade da função judicial numa perspectiva platónica e de pendor quase religioso ou aristocrático, a verdade é que Garapon parece apreender claramente que a *função judicante*, desacompanhada da *função de iniciativa* que é, em regra, cometida ao Ministério Público, não constitui um verdadeiro *poder*, ao menos na asserção clássica de Montesquieu.

¹⁸ Referia ainda Klaus Roxin no citado estudo (p. 49): “El cargo de custodio de la ley del ministerio público y, com esse limite, como el juez, su exclusiva orientación al valor jurídico, tienen por consecuencia que los fiscales tengan la misma independencia que le corresponde también al juez.”

¹³ No entanto e como pretende Giorgio Agamben (p. 30, 1998): “A estrutura particular do direito tem o seu fundamento nesta estrutura de pressuposição própria da linguagem humana. Essa estrutura exprime o vínculo de exclusão inclusiva a que está sujeita uma coisa pelo facto de ser linguagem, de ser nomeada. Dizer é, neste sentido, sempre *ius dicere*.”

¹⁴ Ver Gérard Mairret (1997, p. 100/101): “On se trouve ici avec Sieyès, très exactement au cœur de la problématique originaire de la souveraineté, celle qui va de Bodin à Rousseau: la souveraineté est volonté. Telle est son essence et cette essence est première.”

¹⁵ Daí também a necessidade de um estatuto que assegurando a autonomia do Ministério Público enquanto corpo, defenda, simultaneamente, um aprofundado sistema de garantia dos seus magistrados, individualmente considerados, e que se traduz na sua independência.

¹⁶ Ver a propósito da diferença entre poder e autoridade, Hannah Arendt (1972, p. 166).

potestade que os caracteriza como um órgão de soberania.¹⁹

Por outro lado, o Ministério Público, devendo agir sempre no âmbito estrito do Direito e da Lei, fá-lo a partir de uma intencionalidade e uma preocupação de Justiça, de que o Direito deve, necessariamente ser, numa sociedade democrática, o propulsor.

Justiça que, todavia, se situa, em certo sentido, para além ou aquém do Direito, apenas encontrando nele a linguagem historicamente variável da sua condensação.²⁰

Ora, parece ser nesta difícil divisória/combinção entre a vocação do Ministério Público como propulsor de Justiça – *o mesmo é dizer de igualdade* – e a sua posição poliforme no âmbito do processo ou da lide forense, que se podem descortinar, a um tempo, os fundamentos da legitimidade do Ministério Público, enquanto órgão de Justiça, e as perplexidades que a sua intervenção ali provoca. Isto, dada a suposta – *mas fundamental do ponto de vista das garantias individuais* – posição de igualdade formal dos cidadãos perante a Lei.^{21,22}

Assim, se a legitimidade funcional do Ministério Público lhe advém da necessidade de, em concreto, passar a lei a acto (isto é, de *agir* processualmente em sua defesa) – independentemente da vontade individual de eventuais titulares de interesses particularmente afectados com a sua violação – essa necessidade só pode resultar de ter sido posta em causa a igualdade dos cidadãos, por via da violação da Lei.²³

¹⁹ Por isso, nos parece contraditório com esta visão do Ministério Público, como órgão de justiça integrado no poder judicial, a ideia ou a possibilidade da utilização de mecanismos de oportunidade no exercício da acção penal que não estejam também eles previstos e balizados pela lei geral.

²⁰ Ver S. Tomás, *Tratado da justiça*, cap. I, do Direito I – *Se o direito é justiça*.

²¹ Ver Aristóteles, *Política*, III, 9, 1280 a, 10, e *Ética a Nicómaco*, V, 6, 1131 a 15 - 8 e, ainda, S. Tomás, op. cit.

²² Igualdade formal que encontra na fase debatimental do processo o seu melhor plano de afirmação.

²³ Ver Hegel, *Princípios da filosofia do direito*, III Parte, 2a Secção b) O Tribunal, 220: “O direito contra o crime, quando assume a forma de vingança (cf. § 102.º), é apenas um direito em si, um direito que ainda não tem forma de direito, isto é, que não é justo

É que, deste modo, não se *agindo*, ficaria afectada a validade do pacto social – de que a lei ordinária é uma extensão – através do qual o poder soberano configurou o Estado.

Era a soberania – o poder de impor a Lei e de a Lei se impor – que estava em causa.

Por isso, o Ministério Público quando *age* em defesa da Lei, fá-lo por causa do poder soberano que a impôs, impondo-a, através do Tribunal.²⁴

Lei que, só assim, num Estado de Direito, foi decretada, para ser aplicada em igualdade e como regra – mesmo a quem governa –, em nome do povo, onde, constitucionalmente, reside a soberania.

Daí que a exigência de preservar o princípio de igualdade perante a Lei (e da sua supremacia) imponha, também ela, a necessidade da autonomia do Ministério Público relativamente aos outros órgãos de poder, inclusive em relação aos próprios Tribunais.

Daí que agir (sem outro interesse que não o da própria Lei) e *punir* (sem ânimo vindicativo), “*defender a lei*” e “*reprimir a sua violação*”, no âmbito das atribuições processuais, consubstanciem dois momentos de um mesmo desígnio de soberania, que compete constitucionalmente ao Estado e que se desenvolve num processo dinâmico e indissociável através do *poder de agir* do Ministério Público e de dizer o direito do *poder judicial*.

No fundo, pretende-se do Ministério Público, enquanto órgão de Justiça,²⁵ uma *actuação de soberania* que, atendendo ao desequilíbrio (desigualdade) produzido pela violação da própria Lei ou partindo de uma representação de interesses legalmen-

na sua existência. Em vez de ofendido, enquanto parte, intervém, o ofendido, enquanto universal, que no tribunal tem a sua eficaz realidade própria. A perseguição e a repressão do crime deixam assim de ser represálias subjectivas e contingentes como acontece com a vingança. A repressão passa a ser a reconciliação do direito consigo mesmo na pena.”

²⁴ Ver, a propósito, Francesco Siracusa, *Novissimo Digesto Italiano*, v. XIV, p. 541: “E il motivo è evidente: l'azione penale è un attributo della sovranità dello Stato il cui è mandato al Pubblico Ministero non come una facoltà ma come una potestà, cioè è come un potere-devere”.

²⁵ Ou do poder judicial, como no caso português acontece.

te contemplados como carecendo de protecção – devido à sua natureza ou devido à posição de reconhecida desigualdade social dos seus titulares – se dirija à reposição da igualdade (substancial).

Isto, não obstante, essa acção do Ministério Público, por causa da necessária dialéctica processual, se dever constranger, em algumas fases do processo e sobretudo na fase debatimental, a uma posição de paridade formal com os demandados.²⁶

Um órgão que proceda, assim, movido exclusivamente pelos interesses que a Lei quis proteger e em reforço dos direitos e interesses dos cidadãos considerados constitucional ou legalmente carecidos de protecção (e por isso objectivamente privilegiados, através da sua representação pelo Ministério Público, como uma forma de permitir uma igualdade tendencialmente substancial) e que a Lei, na sua finalidade concreta, entendeu, especialmente, prever e prevenir.²⁷

Daí que o Ministério Público, agindo em defesa da legalidade democrática, actue, também, desde logo, na defesa da igualdade, na medida em que a Lei, na sua formulação abstracta e genérica, contém nela própria a virtualidade – nesse sentido e significado específico – da igualdade.²⁸

²⁶ Ver em *Governo Dei Giudici-Magistratura Tra Diritto e Politica* (mar. 1996), as reservas sugeridas por Gherardo Colombo, à extensão que este princípio ganhou, nos nossos dias, no ordenamento jurídico.

²⁷ Ver Canotilho, *A democracia económica e social abrange as duas dimensões da tríade clássica: liberté e égalité. Em face da Constituição não se pode interpretar o princípio da igualdade como um "princípio estático" indiferente à eliminação das desigualdades, e o princípio da democracia económica como um "princípio dinâmico"; impositivo de uma igualdade material. E, ainda, concluindo: "[...] Em fórmula sintética, dir-se-á que o princípio da igualdade é, simultaneamente, um "princípio de igualdade de Estado de direito (rechtsstaatliche Chancengleichheit) e um princípio de igualdade de democracia económica e social (sozialstaatliche Chancengleichheit)." (1998, p. 332).*

²⁸ Ver Canotilho (op. cit., p. 90). A propósito da ideia de Estado de Direito no constitucionalismo francês, "[...] as leis eram necessariamente gerais (generalidade da lei) garantindo, deste modo, a observância do princípio da igualdade perante a lei e repúdio das velhas leges privatae (privilégios) características do Ancien Régime."

Melhor dizendo, ao Ministério Público está destinado, enquanto órgão de Justiça, a permitir a ultrapassagem dos limites da igualdade virtual da Lei, quer quando age imparcialmente em nome do bem comum, quer quando age, privilegiadamente, em defesa dos interesses dos mais fracos; funções específicas e determinadas que a Lei, em alguns ordenamentos jurídicos, por causa de razões históricas concretas, especialmente lhe cometeu.²⁹

Isto, exactamente, quando (e porque) materializa a Lei, produzindo a intervenção do Tribunal, tendo em vista a reparação dessa igualdade, que foi afastada, no caso concreto, pela sua violação ou dos interesses que ela quer privilegiadamente proteger.

Nesse sentido, só como acto decorrente do mesmo poder soberano que fundou a Lei e no contexto da função judicial, de dizer o Direito no caso concreto, tem o Ministério Público legitimidade de intervir, quer produzindo um inquérito judicial, quer acusando em juízo ou, de qualquer forma, accionando o Tribunal, assim conformando o objecto do processo e, deste modo, balizando os seus limites de conhecimento e julgamento.

A questão dessa legitimidade evidencia-se, hoje, porém, mais paradoxal, precisamente, porque, como dissemos, o Ministério Público se funda, para agir em juízo, num entendimento prospectivo e de conhecimento anterior ao específico procedimento judicial e tem, por isso, de tomar iniciativas próprias e adequadas a esse fim.

Ora, o Estado nacional (westefaliano), na fase de metamorfose que atravessa por via do actual do processo de globalização económica (com tudo o que ela implica em termos de direitos e de transformação do Direito e do sistema judiciário), parece, ele próprio, não mais se sintonizar, exacta e totalmente, com os interesses e direitos vertidos nas Constituições nacionais ou mesmo nas leis que vigoram no seu território.

²⁹ Ver Ireneu Cabral Barreto (op. cit., p. 96): "Entenda-se o princípio da igualdade com uma intencionalidade material, no sentido de intenção de Justiça; as condições singulares dos indivíduos exigem tratamentos diversos, sob pena de se criarem ou potenciarem novas diferenças sociais".

Diz Habermas (2000. p. 131):

"[...] la constellation postnationale tend à supprimer ce lien constructif qui, à l'intérieur des frontières de l'État-nation, relie la politique et le système juridique aux circuits économiques et aux traditions nationales."

Daí que a intervenção e iniciativa do Ministério Público na prossecução dos direitos constitucionais – que se legitimam apenas na concretização da lei, expressão da soberania nacional, nesse mesmo território – corra o risco de ser encarada, agora, como a de um órgão de contra-poder, objectivo que, manifestamente, não lhe estava destinado na arquitectura institucional.

Mas, prossigamos.

5 O Ministério Público que temos – direccionado, no fundamental, para o controlo e promoção activa da legalidade da República – e de que falam os diversos documentos e instrumentos internacionais é, assim, o fruto contraditório de uma profunda aspiração democrática de afirmação da Lei e do seu papel civilizador na transformação do mundo, bem como da recente erosão dos princípios que regem o Estado nacional, que o tempo e a actual realidade política, económica e social lhe impuseram.

A *legalidade* que o Ministério Público constitucional deve (devia), nos termos da Lei, promover é pois, como vimos referindo, a que se identifica com o projecto de Estado social e democrático que as Constituições da segunda metade do Sec. XX consagram e em que o Direito desempenha, num dado território, uma tarefa simultaneamente dinâmica de transformação social e uma função de reserva e garantia individual e colectiva dos direitos fundamentais adquiridos.

Mas, como também salientámos, todos os sistemas de Justiça e os seus órgãos – Ministério Público e Tribunais – foram pensados no âmbito da realização do Estado-Nação e, mais recentemente, depois da 2ª Guerra Mundial, foram sendo desenvolvidos numa dinâmica e lógicas próprias e adequadas às finalidades do Estado-Social.

6 A queda do Muro de Berlim e o 11 de Setembro foram, entretanto, os sinais das circunstâncias que alteraram o mundo e deram corpo a princípios que apontam para outro projecto (ou função) de Estado e de organização política e social; uma organização regida por princípios liberais, pós-moderna e, aparentemente, neutral, onde falecem já os direitos fundamentais, políticos e sociais e onde cresce e se impõe essa realidade actual que é o direito da globalização.

Este Direito da globalização desenvolve-se e impõe-se, em muitos casos, com a conviência activa (mais ou menos consciente) dos governos dos ainda Estado-Nação, mas independentemente da vontade dos povos que os escolheram para que os governassem em seu nome e no seu interesse e de acordo com os valores constitucionais que presidem à existência da sociedade que em comum construíram.

Ele não é (ainda; sê-lo-á alguma vez?) um instrumento coerente e sistemático de princípios éticos e morais, como é – ou sempre pretendeu ser – aquele que, com todas as omissões, deficiências e contradições, saiu quotidianamente dos parlamentos nacionais, dos tratados internacionais estabelecidos entre governos soberanos ou de instrumentos normativos aprovados por fóruns internacionais representativos da comunidade mundial.

É, antes, um "direito" assumidamente unilateral, estratégico e, ao menos nesta fase, meramente pragmático, que, na sua génese e na sua aplicação, não é nem democrático, nem nacional ou, tampouco, internacional.

Com o seu poder de constrangimento (a sua força de lei) e as suas características de plasticidade, mutabilidade contínua e transformação das realidades sociais e económicas, não pode, por isso, conviver bem com esse outro Direito de inspiração humanista e social que, no Sec. XX e principalmente depois da Segunda-Guerra mundial, vinha sendo produzido no seio dos órgãos legislativos dos estados nacionais ou desenvolvido nos organismos representativos da comunidade internacional.

Diz Danilo Zolo³⁰ (2004, p. 89):

³⁰ Professor de Filosofia de Direito na Universidade de Florença.

In un sistema internazionale fortemente condizionato dalle convenienze delle grandi agenzie economiche e finanziarie, il potere decisionale, dinamico e innovativo, delle forze dei mercati tende a prevalere sulla decrescente efficacia regolativa delle legislazioni statali e delle istituzioni internazionali.

Ele é, por tudo isso, também, alheio ou construído, declaradamente, contra os chamados “direitos adquiridos”, que mais não são, afinal, do que os direitos humanos e de cidadania projectados pelo Estado Social e Democrático e que foram consagrados nas Constituições nacionais e nos Pactos Internacionais de Direitos, depois de lutas duradouras e por vezes cruéis.

A emergência deste novo “direito da globalização” estilhou já, entretanto, em muitos casos, a coerência sistémica do ordenamento constitucional, das leis laborais, do direito fiscal, do direito financeiro e da concorrência, do direito social, do direito ambiental e urbanístico, do direito civil e comercial e, agora, ameaça mesmo os princípios de igualdade e responsabilidade social subjacentes ao próprio Direito penal e processo penal.³¹

Neste sentido, o Direito da globalização e os seus intérpretes (legislativos ou meramente político-discursivos) a nível nacional não podem senão desconfiar dos organismos que, tradicionalmente, devem aplicar e fazer respeitar o outro Direito – os Tribunais nacionais e internacionais e as suas magistraturas – e estes, realmente, porque imbuídos de uma outra lógica e cultura jurídica constitucional, parecem, na verdade, incapazes de aplicar aquele, ao menos com o sucesso e a eficácia que os valores económicos prevaletentes e que lhe estão, prioritariamente, subjacentes exigem.

Por isso, esse “direito” e os interesses que lhe estão na génese induzem, agora, as administrações estatais nacionais – que aculturada e acriticamente, em nome do desenvolvimento económico, por eles competem –, a produzir e institucionalizar “*mecanismos judiciários próprios*” capazes de, mais eficazmente, os interpretar e aplicar.

³¹ Ver, a este propósito, o conjunto de magníficos estudos incluídos em *Globalización y derecho* (Boletín Oficial del Estado, 2006).

Pedro Mercado Pacheco³² referiu, a propósito, no referido seminário dedicado ao tema da Globalização e Direito:

Hoy asistimos a la afirmación progresiva de un modelo de justicia bien distinto de aquel que erigió la codificación revolucionaria en nombre del principio de igualdad jurídica. La otra cara del movimiento de desregulación es el movimiento de “Informalización de la justicia”, esto es, la multiplicación y preferencia por mecanismos extraestatales de resolución de conflictos como el arbitraje privado o la creación estatal de sedes extrajudiciales de resolución de conflictos.³³

Embora num outro contexto, afirmava, também, Michel Freitag³⁴ (2004, p. 59-61) sobre a evolução do sistema jurídico e judiciário no capitalismo moderno:

Assim os procedimentos dedutivos de aplicação do direito vêm-se substituídos por procedimentos indutivos de consulta, de negociação, de confrontação, desembocando em verdadeiras negociações tecnocráticas baseadas no conhecimento (ou na pretensão do conhecimento) empírico dos campos particulares de realidade que são objecto ou o lugar das intervenções, e sobre a adaptação a posteriori da acção dos “poderes públicos” a todas as relações de força e a todas as transformações das condições de facto do seu meio social ambiente específico.

Para acrescentar de seguida:

Quando nem o Estado, nem o mercado, nem a cultura, nem uma qualquer transcendência

³² Professor titular de Filosofia do Direito na Universidade de Granada, Espanha.

³³ Ver texto incluído na citada obra colectiva *Globalización Y Derecho*, intitulado *Estado y globalización. Crisis or edefinición del espacio político estatal* (2006, p. 133).

³⁴ Michel Freitag é licenciado em Direito e Economia e doutorado em Sociologia e é professor na Universidade do Quebeque.

ideológica representam já o centro, aquilo com que se confronta ou o ideal normativo da sociedade capaz de incorporar uma finalidade a priori, a própria sociedade já não logra aprender-se senão no seu funcionamento imediato e, mais singularmente então nas falhas e nas quebras, nas interrupções desse funcionamento; é por isso que tende a projectar-se por inteiro na simples necessidade técnica, de uma contínua adaptação a si própria [...]

E, José Eduardo Faria, numa proposta de síntese conclusiva dos trabalhos de um seminário organizado em Madrid pela MEDEL³⁵ em colaboração com académicos e magistrados e membros do Ministério Público da América-Latina sobre o tema Direito e globalização, acrescentou:

Nesse novo modelo, o Estado deixa de decidir o conteúdo das leis, não impondo fins substantivos nem orientações valorativas, limitando-se a estabelecer os marcos ou parâmetros para que os diferentes atores sócio-económicos possam negociar as alternativas mais adequadas aos seus interesses. Em vez de editar leis que comandam fins substantivos e de impô-las imperativamente a cidadãos, empresas, associações comunitárias e movimentos sociais, o legislador opta por uma criação negociada do direito, com base na correlação de forças em vigor. A esse modelo, a literatura sociológica e jurídica dá o nome de “procedimentalização do direito”. O procedimento é uma técnica por intermédio da qual os fins substantivos não são impostos, mas induzidos. Eles não desaparecem – os meios para atingi-los é que mudam. Trata-se de uma visão “dessubstancializada” do direito, na medida em que sua espinha dorsal não estaria no seu conteúdo, mas nos ritos e métodos que prevê para que as diferentes partes possam chegar a um acordo entre elas.

³⁵ MEDEL (Associação de Magistrados Europeus pela Democracia e as Liberdades), organização que agrupa associações de juizes e do Ministério Público de inúmeros países europeus.

Mas esses instrumentos normativos não são já aqueles que, de alguma maneira, podem, com recurso aos valores das Constituições, ajudar a construir um Estado Social e Democrático e garantir e efectivar os direitos fundamentais dos cidadãos.

São instrumentos que podem, apenas, no melhor dos casos, ajudar a regular os conflitos e os antagonismos dos interesses próprios e egoístas dos indivíduos ou dos organismos económicos e sociais, mas que não cuidam já dos valores da igualdade na aplicação da Lei e do programa constitucional e objectivos sociais que estes pretendem fazer valer.

Por isso, os interesses que impulsionam esta globalização e o seu Direito procuram, permanentemente, promover – perante a assepsia das irrelevantes alternativas políticas da modernidade –, uma aparente, mas verdadeiramente insanável, contradição política entre, por um lado, a Constituição, os Tribunais e o Ministério Público e, por outro, os órgãos de governação nacionais e os seus intérpretes políticos, culturais e mediáticos locais.

Dizia ainda José Eduardo Faria na sùmula do referido Seminário:

À medida que se consolida, na passagem do século 20 para o século 21, esse tipo de Estado “pós-social” passa a desenvolver novas fontes de direito e formais a um só tempo mais complexas e mais plásticas de contrato. Ele também passa a estimular a auto-negociação entre os atores socioeconómicos; a implementação de ambiciosos projetos de desregulamentação, deslegalização, desconstitucionalização e desjudicialização; a criação de mecanismos alternativos -mais plásticos e flexíveis – de resolução de conflitos (como mediação e arbitragem); e a execução de processos de revogação de monopólios públicos e de privatização de serviços essenciais. Com isso, algumas das instituições do Estado-nação – como o Ministério Público e os tribunais – acabam sendo em maior ou menor grau atravessados no seu papel de garantidor de controle da legalidade por justiça paralelas e normatividades justapostas (o chamado multi level legal system), de nível infraestatal ou supranacional.

É aí, nessa contradição de paradigmas – que acima de tudo é política e económica – que residem muitos dos equívocos e das causas reais e simbólicas da chamada “*crise do Direito, da Justiça e do Estado de Direito*”.

Com efeito, que coincidência de pontos de vista, de interesses políticos, sociais e mesmo morais e religiosos pode haver, por exemplo, entre as modernas e puramente produtivistas, concepções juslaborais da “*flexi-segurança*”, tão em voga na agenda da UE e os anteriores Códigos do Trabalho negociados entre sindicatos, governos e patrões ou as normas e directrizes da OIT?

Contudo, embora exterior à Constituição e aos grandes instrumentos internacionais do direito laboral, é já esse o conceito que o discurso do poder político legitima, mesmo que à revelia dos pactos sociais firmados em cada país e entre os diferentes países no seio das organizações internacionais.

Um discurso que, na prossecução de um desígnio económico extra-nacional e mesmo internacional, se adianta a qualquer alteração legislativa e se sobrepõe às próprias Constituições e tratados internacionais.

É que, como diz Faria e Costa (2003, p. 186):³⁶

[...] hoje, por força da exacerbação que a própria globalização determina, o local, isto é, a mônada solitária que o ainda Estado representa, é o absoluto, pela simples razão de que não há “dentro” nem “fora”. Pela razão simples de que tudo é tudo aqui, neste ponto, mas é a mesma coisa nos antípodas.

Daí, que pareça cada vez mais exasperante a fricção resultante da incapacidade de o Estado e os seus órgãos de Justiça – mormente o Ministério Público – conseguirem adequar os discursos dos valores e interesses que os edificaram e devem sustentar, com a – aqui e agora – emergente presença de um novo e todo-poderoso ordenamento jurídico e judiciário, cuja génese e legitimidade lhes escapa, mas se afirma independente deles e condiciona de

modo efectivo a acção da sociedade e a sua própria iniciativa.

Encontramo-nos, por isso, num momento de impasse entre a realidade e a força de um e outro “Direito” – o Direito constitucional e legal de um Estado e a “norma imposta”, de facto e à margem das decisões politicamente assumidas pelos órgãos de soberania do Estado, pelos “interesses” que a nível supranacional, na realidade, “governam” já, em muitos casos, (de modo informal ainda) a vida dos povos.

Aproximamo-nos, por isso, por vezes, de situações que se aproximam muito das que são consideradas como “*estado de excepção*”.

Uma situação em que a norma estatal está em vigor, mas não se aplica – não se aplica, não tem força – e, de outro lado, existem actos que não têm valor de lei, mas adquirem-lhe a força. (AGAMBEN, 2003, tradução nossa)

7 A globalização e a sua tradução política podem, porém, ter – como têm – uma outra expressão jurídica, com sentidos distintos, designadamente os que se expressam no aprofundamento de um direito humanitário internacional e no aprofundamento da acção dos Tribunais internacionais e da competência universal das justiças nacionais.

Essa outra expressão e sentido político dependem, todavia, da capacidade e da vontade de afirmação e soberania dos povos e dos seus governos para os legitimar internamente. Dependem, por isso, também, da capacidade das Justiças nacionais lhes conseguirem dar execução prática.

Ora, se parece faltar já a capacidade – a força – de as Constituições e leis internas dos Estados se afirmarem, parece ainda mais difícil de imaginar a probabilidade desse verdadeiro direito internacional vingar.

A saga do TPI e a realidade de Guantanamo falam por si.

8 É, portanto, nesta encruzilhada de conveniências e hesitações que se encontra também a crise actual do Ministério Público e da sua sempre discu-

tida legitimidade, uma vez que a sua função constitucional é – e tem de ser –, sobretudo, a de permitir a igualdade dos cidadãos no acesso aos direitos constitucionais e na aplicação formal e imparcial da Lei.

Esta função constitucional não se compadece, porém, com escolhas e opções circunstanciais, ditadas por necessidades populistas, pontuais e mediáticas de políticas que se sustentam apenas num modelo de globalização, dirigido, não para a afirmação dos valores da cidadania e dos direitos humanos, mas, antes, para a defesa prioritária da competitividade dos interesses económicos e dos seus agentes.

Fustigado, exteriormente, por este furacão político e pelos ventos mediáticos, que com zelo arrogante e tantas vezes ignorante o servem empenhada e acriticamente, não tendo, além do mais, em muitos sistemas nacionais, conseguido libertar-se de um modelo anacrónico e burocrático de organização e hierarquia, este Ministério Público que herdámos da segunda metade do Séc. XX ou muda ou desaparece.

E quando afirmamos que desaparece, significamos, realmente, o pior: referimo-nos à mudança da sua natureza constitucional e à sua substituição por um *sucedâneo*, só aparentemente neutro, mas, na realidade, politicamente manipulado e dirigido contra os valores constitucionais que o construíram e aperfeiçoaram.

Isto, mesmo que, durante algum tempo, esse *sucedâneo* de Ministério Público fosse capaz de, com eficiência redobrada, promover a perseguição de algumas exemplares e mediáticos ilegalidades e iludir, assim, as expectativas dos cidadãos realmente necessitados de uma Justiça eficaz, mas efectiva, porque igual e justa.

Por isso, se quer preservar o seu múnus actual, o Ministério Público – como os Tribunais – tem de mudar.

O Ministério Público tem, por isso, de, sabidamente, aproveitar o que de flexibilidade, proximidade e informalidade esse direito da globalização e os seus instrumentos de resolução de conflitos melhor inventaram e introduziram na prática judiciária.

Mas, tem de saber fazê-lo sem derivas desnecessárias ou reformas de puro recorte tecnocrático, afinal, muitas vezes, apenas reveladoras de um novo-riquismo que esconde e mal uma confrangedora incultura e uma grave falta de conhecimento da realidade social em que se insere.

Ou seja, deve modernizar-se sem pôr em causa a sua função original de garante e promotor objectivo da igualdade dos cidadãos perante a Lei e de instrumento público da realização concreta dos direitos constitucionais dos cidadãos; função essa que é, na verdade, a razão da sua existência institucional como órgão de Justiça autónomo.

9 Encontrar modelos organizativos que permitam projectar os meios e as energias que tem e de que dispõe já e aceder em tempo real às necessidades e carências dos que necessitam de Justiça, estruturar respostas modernas e produtivas para essas carências, estar, enfim, presente quando e onde é necessário, são os únicos contributos sérios que o Ministério Público, enquanto órgão de Justiça, pode e deve dar para a afirmação de uma Democracia melhor.

Uma Democracia em que as reformas não signifiquem, por sistema, retrocessos democráticos e sociais e em que os direitos constitucionais adquiridos e inalienáveis dos cidadãos não-de ser respeitados ou feitos respeitar pelos Tribunais.

Uma Democracia, enfim, em que o Direito possa continuar a desempenhar a sua função de paz e civilização.

É, aliás, na procura incessante e empenhada de uma resposta eficaz para a defesa dos diferenciados direitos e interesses dos cidadãos que se legitima a autonomia do Ministério Público.

Essa autonomia implica, porém, necessariamente, responsabilidade; responsabilidade, sobretudo, para com a comunidade.

Nestas circunstâncias, a responsabilidade do Ministério Público e dos seus membros tem, pois, de ser, antes do mais, uma *responsabilidade comunitária* e essa deve, por isso, constituir a sua prioridade.

³⁶ Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

A *autonomia* e a *responsabilidade constitucional e comunitária* do Ministério Público são, neste sentido, características inseparáveis e tendem, por isso, a confundir-se.

É por causa dessa *autonomia e responsabilidade comunitária* que o Ministério Público tem conseguido assegurar – em países como, por exemplo, Portugal, mas, principalmente, o Brasil – um vasto núcleo de direitos individuais e colectivos de muitos cidadãos, cujos problemas, por não pertencerem aos estratos privilegiados da sociedade, não são, em regra, notícia dos telejornais.

É isso que tem, entretanto, assegurado alguma da sua legitimidade social e, assim, diminuído a capacidade de erosão institucional que a actual crise da Justiça e do Direito lhe impuseram.

O papel do Ministério Público será todavia esse – ser o garante colectivo dos direitos individuais e da cidadania consagrados na Constituição e nos pactos internacionais e daqueles que, por si só, são incapazes de os defender – ou não será nenhum.

Se outro for, então esse Ministério Público poderá constituir-se, realmente, como um perigo para a Justiça e a Democracia.

Um perigo para Justiça, pois ela pode regressar a um paradigma pré moderno de pura vindicta privada e de mero egoísmo social; um perigo para a democracia, pois a Justiça, cuja iniciativa será instrumentalizada por tal Ministério Público, será apenas aquela que uma qualquer maioria (mais ou menos representativa de um qualquer grupo de interesses), em cada momento, entender dever ser, para resolver os problemas políticos e económicos próprios ou agradecer à opinião mediática.³⁷

Tomar consciência das limitações e incapacidades que tem para cumprir o papel que a Constituição e a Lei lhe comete é, contudo, o único caminho para a sua superação e para o reconhecimento por parte de uma sociedade que, cada vez mais,

desespera por Justiça e é, por isso, sensível a que, com mais ou menos demagogia, lhe indiquem responsáveis – verdadeiros ou falsos – pela vida que, sem alternativa visível, é obrigada a viver e a sofrer.

10 O reconhecimento e a legitimação social do Ministério Público implicam, porém, uma outra dinâmica própria de projecção e visibilidade de trabalho.

Implicam, por isso, no plano interno, mais ciência e imaginação na organização dos meios de que se dispõe, mais, melhor, diversificada e permanente formação dos seus membros, uma sua especialização crescente, mais coordenação, trabalho colectivo e pluridisciplinar e mais consistência, responsabilidade e transparência na intervenção hierárquica concreta.

No plano externo, a acção do Ministério Público deveria, ainda, suscitar, por outro lado, mais e melhor apoio político e verdadeira e desassombada – mesmo que crítica – solidariedade institucional e social.

Acontece que, como vimos referindo, atentas as experiências ocorridas em diversos países dos vários continentes, parece hoje mais difícil conseguir obter no âmbito institucional um apoio ou reconhecimento para o trabalho desenvolvido pelo Ministério Público, designadamente se ele, de algum modo, questionar e envolver grandes interesses económicos e actuações de natureza criminal que ocorram no exercício do poder político.

A reiteração e o aumento de gravidade das “*escaramuças*”, que sempre ou cada vez mais, vêm ocorrendo entre os diferentes Ministérios Públicos dos vários países e os interesses instalados com a protecção do próprio Estado, levam, assim, a questionar o exacto posicionamento institucional do Ministério Público no plano da organização constitucional do Estado e mormente da Justiça.

Se, em países como o Brasil, a Constituição lhe confere uma singular posição de autoridade constitucional autónoma, se, por outro lado, na Itália e de certa maneira em Portugal, o Ministério Público está inserido na Constituição na parte referente aos Tribunais e Poder Judicial e guarda, por isso, ainda assim, alguma independência e autonomia, na maio-

³⁷ Diz, também, Giorgio Agamben, em *État d'exception* (op. cit.): “Déjà le USA Patriot Act, voté par le Sénat le 2 octobre 2001, permettait à l' Attorney General de garder en D'ention l'étranger (alien) suspect d'activités mettant enpáril la sécurité nationale des Etats-Unis [...] la nouveauté de l'ordre du président Bush est d'annuler radicalement tout statut juridique de l'individu, en créant ainsi un être juridiquement innommable et inclassable.”

ria dos países de tradição judiciária europeia e latino-americana o enquadramento institucional do Ministério Público situa-o no plano difícil de órgão de ligação entre o Executivo e o Judicial.

Esta poliformia de enquadramentos institucionais e a conseqüente relação de comprometimento entre o Ministério Público e os diferentes poderes constitucionais, bem como, as situações de fricção institucional criadas pela acção dos distintos Ministérios Públicos, sempre que estes têm de agir em defesa da lei, contra os interesses políticos, económicos e sociais instalados, deve, por isso, fazer-nos questionar o modelo de responsabilidade que lhe deve ser exigido.

Isto é, se ser responsável significa responder, importa saber perante quem e como deve o Ministério Público prestar hoje contas, no contexto e face aos condicionamentos políticos da globalização, ao fraccionamento dos centros de decisão no seio do Estado e à quebra da lógica hierárquica e universalista do sentido cultural ou ideológico da actuação deste.

11. A ideia crescente de uma possível responsabilidade comunitária do Ministério Público vem, assim, ganhando forma entre aqueles que, fora dos jogos imediatos de poder, vêm reflectindo sobre esta questão.

Dizia a propósito Figueiredo Dias³⁸ (2005, p.76//79):

[...] na maioria dos países democráticos a tendência é para rever a posição relativa dos princípios da autonomia e da responsabilidade comunitária por força de medidas várias visando tornar o MP menos dependente das expectativas da maioria parlamentar;

e acrescentava adiante:

[...] “objectividade” e “legalidade” da actuação do MP são assim – precisamente em nome da

³⁸ Catedrático de Direito Penal e Processual Penal da Faculdade de Direito de Coimbra.

realização prática do princípio constitucional da responsabilidade comunitária – as componentes essenciais da “autonomia” do MP.

Só que, encontrar uma resposta institucional para o referido problema poderá significar uma ruptura definitiva com os modelos jacobinos e napoleónicos de Ministério Público que, apesar das inúmeras alterações e evoluções, continuam a presidir, em quase todos os Países, à organização e responsabilização deste órgão de Justiça.

Uma ruptura relativa ao modo e ao “*poder democrático*” a quem reportar e responder.

Mas essa ruptura não pode, por isso, cingir-se ao modelo evolutivo e dúctil que em Itália se tentou. Esse modelo de hierarquia difusa, que despegou já da concepção napoleónica, mostrou, também, os seus limites, na medida em que deixou exposta e sem resposta a questão da sua legitimação.

Importa, por conseguinte, tanto uma ruptura no modelo de organização, como no do relacionamento do Ministério Público com a comunidade, ou melhor, com as diferentes e atomizadas comunidades em que está inserido.

Neste domínio, sem se propor a adopção mimética das soluções anglo-saxónicas, designadamente as norte-americanas, que, no contexto da cultura e dos modelos de Ministério Público europeus e latino-americanos, podem parecer razoavelmente inadequadas, não deixa de ser interessante visitar alguns dos exemplos de responsabilização comunitária extra-estatais que elas comportam.

Como, por outro lado, não deixa de ser verdadeiramente importante estudar as experiências brasileiras de gestão participada dos objectivos a prosseguir pelos diferentes Ministérios Públicos dos diferentes Estados e cidades.

Assim – socorrendo-nos, numa aparente dimensão inversa, do pensamento de Hegel sobre a legitimação, que a vontade do criminoso de aceitar o seu próprio castigo, confere ao sistema estatal de justiça, enquanto, como cidadão, ele se considera parte igual e participa do tribunal e do julgamento que lhe aplicará a pena – importa que o Ministério Público, para que se legitime e seja legitimado, encontre mecanismos inclusivos da comunidade e dos

cidadãos na definição dos seus objectivos específicos e da sua acção próxima.

Isto, sem que isso possa significar, de algum modo, prescindir da independência que o leva a fazer um juízo jurídico sobre a aplicação do direito ao caso concreto.³⁹

Note-se, que já na Assembleia Nacional Constituinte francesa (1789-1791), Thouret, um jurista e deputado de renome, que também desempenhou as funções de presidente da *Cour de Cassation*, se apercebeu da dificuldade de concatenar a necessária legitimidade cidadã da acção do Ministério Público com a expressão da soberania no exercício da acção penal, referindo com rara clarividência:

[...] c'est au fond de la constitution qu'il faut remonter [...] L'accusation publique tient essentiellement à l'ordre judiciaire, et l'ordre judiciaire entier n'est qu'une partie de la constitution. [...] On s'est appuyé sur ce sophisme, que le pouvoir exécutif n'existait que pour la nation: ce principe est vrai en lui, mais il n'est pas juste quand on s'occupe de la constitution; ainsi le pouvoir exécutif n'étant point la nation, n'agissant pas constitutionnellement pour elle, ce n'est point à lui à lui à nommer les accusateurs publics (((Le pouvoir judiciaire influe chaque jour sur les citoyens, vous ne l'avez pas confié au pouvoir exécutif (((Le pouvoir d'accuser est également un pouvoir de chaque jour; il intéresse également le peuple [...] Il s'élève des murmures.

(((le pouvoir exécutif n'a aucun droit à revendiquer l'accusation publique; Qui est toute populaire dans son objet (((L'accusation ne pourrait devenir ministérielle, sans être oppressive (((Qui croira que, pour assurer la liberté, on a pensé à en faire une institution ministérielle? C'est par le moyen de l'accusation qu'on pourra découvrir les complots, éclaircir les mouvements qui les précèdent, veiller à la sûreté publique, et à ce que la constitution ne soit pas attaquée. On

³⁹Ver, a propósito, Étienne Balibar (2002).

dit qu'avec les jurés et des juges un accusateur public est inutile; mais les jurés et les juges n'assurent qu'une seule chose, c'est un jugement impartial. Il y a deux choses: accuser, puis juger; vous avez institué le jugement, il faut donc instituer l'accusation, et ne pas être frappé par cette objection, que les bons jugements en arrêteront l'effet.

Il y a deux abus possibles: ne pas agir quand l'intérêt public l'exige, ou agir d'une manière opposée à l'intérêt public. Dans le premier cas, ni les jurés ni les juges ne peuvent empêcher l'abus; car, avant d'agir, il faut une accusation.

(No segundo caso)

(les jurés et les juges empêcheront seulement que les accusations téméraires n'arrivent au dernier degré (((Vous laisserez donc le gouvernement, armé de la verge terrible de la accusation (((Je ne vois que la décapitation sans forme de procès, qui soit au-dessus des injustices possibles par les accusations ministérielles (((Je propose de décréter que l'accusation publique ne sera confiée aux commissaires du roi, mais a un officier élu par les citoyens).[sic]⁴⁰

Será, assim, na descoberta de soluções concretas e viáveis que possibilitem, caso a caso e depois institucionalmente, uma empenhada e adequada assunção da *responsabilidade comunitária* de cada uma das competentes instâncias territoriais e hierárquicas do Ministério Público e numa sua mais elaborada e concomitante coordenação e articulação que o esforço de democratização e comprometimento cívico do Ministério Público deve desenvolver-se. A procura desses interlocutores que devem mobilizar e auxiliar o Ministério Público na realização possível dos direitos não pode, porém, ser unidireccional e condicionada. Ela deve dirigir-se em sentidos distintos, embora complementares, tanto do ponto de vista social, como científico e ideológico.

⁴⁰Texto extraído do *Moniteur Universel de Paris*, v. XXXVI, p. 1695.

Universidades, Autarquias, ONGs, Associações Cívicas, Sindicatos e Instituições Religiosas, podem constituir, conforme os casos, sujeitos activos e interessados na definição de objectivos e no apoio à planificação e às iniciativas concretas do Ministério Público.

Essa colaboração pode ainda – mais do que prejudicar – contribuir para um permanente aperfeiçoamento científico e humano dos membros do Ministério Público e para o aprofundamento da sua especialização e da sua operacionalidade.

Além disso, essa colaboração próxima responde, também, em certa medida, a repetidas exigências de auditoria e responsabilização externa do Ministério Público, uma vez que, tratando-se de uma intervenção crítica, pluralista e permanente de diferentes organizações, corre menos riscos de manipulação política ou de vindicta institucional do que aquela que apenas possa resultar da pura e tecnocrática acção institucional de um qualquer organismo burocrático e profissional para esse fim designado.

Para que uma tal mudança de paradigma possa ocorrer, é, contudo, preciso que o Ministério Público, a sua cultura de funcionamento e as suas estruturas se democratizem.

Ela deve, obrigatoriamente, por isso, partir de dentro – daqueles que no seu seio melhor conhecem os constrangimentos e bloqueios que o actual modelo produz e que conduzirão o Ministério Público à impotência – pois, no contexto político actual, não será o poder político central que a irá proporcionar.

Mas ela desenvolver-se-á, exactamente na medida e na proporção em que esses contactos forem sendo promovidos e se estenderem internamente (ao maior número de membros do Ministério Público) e externamente.

Tal “*democratização*” não tem de implicar, infalivelmente – pelo contrário – a perda dos seus atributos e de muitas das mais significativas características que têm orientado a sua acção e organização – a autonomia, a unidade, o dever de objectividade e a independência na apreciação dos casos concretos e nas acções que tem de erigir e defender em Tribunal.

Como refere ainda Balibar (p. 82) no citado ensaio:

[..] il est tout à fait hors de question de prétendre, soit que la constitution de la citoyenneté qui serait à l'ordre du jour des sociétés contemporaines pourrait se ramener à la problématique antique d'une répartition des magistratures ou des fonctions de commandement et d'obéissance au sein de la cité, soit qu'elle pourrait se présenter comme le prolongement du moment insurrectionnel de fondation des sociétés (plus au moins) démocratiques modernes sur la liberté et l'égalité [...]

Não é, portanto, de uma diluição das funções e da responsabilidade do Ministério Público na sociedade que se trata, mas antes da construção de uma nova cultura de proximidade e de abertura à sociedade, aos cidadãos e às suas organizações colectivas, por parte de um órgão de Justiça que apenas se revia e fundamentava as suas opções em critérios – políticos, legais ou não – dimanados de um poder central que da soberania popular que o legitima guarda, em demasiados casos, apenas, já só a formalidade da representação.

É, no fundo, um projecto de confronto do Ministério Público e dos seus membros com a realidade vivida dos cidadãos e não apenas com a ideia da pura e abstracta subsunção jurídica das notícias – os factos jurídicos – que lhe chegam ou não, em segunda ou terceira mão.

Um projecto que evite a manipulação interessada e oportunista da actividade e iniciativa do Ministério Público, porque o situa, directamente e sem intermediários, no seio da sociedade em que ela deve ser desenvolvida e que a justifica.

Um projecto que permita ao Ministério Público uma compreensão vivida e não puramente unidireccional da realidade, da lei, das contradições entre uma e outra ou das que resultam dos diferentes valores que as diferentes leis consagram e que, por isso, sendo mais complexa, é mais actual e verdadeira.

Só, pois, um tal projecto – assente, prioritariamente, no chamamento à participação de uma da cidadania activa na definição da acção deste órgão de justiça; isto é, que inclua directamente os cidadãos na defesa jurídica dos direitos humanos e valores constitucionais – porque transcendendo, sem prescindir, o clássico, mas hoje estreito, modelo legitimador da soberania estatal, pode mobilizar

e credibilizar uma instituição como o Ministério Público e impedir que a sua função se burocratize, seja instrumentalizada por interesses obscuros e perca, por isso, credibilidade e validade social.

CLUNY, A. F. DE A. L. The Public Ministry [*Ministério Público*, Brazilian Public Prosecution Service] in a time of globalization: present and future. *Rev. Justitia (São Paulo)*, v. 197, p. 409-426, jul./dez. 2007.

• **ABSTRACT:** The protection of democratic legality on a Democratic and Social State of the XX Century, presuppose, *precisely*, the idea of the equal protection of the law and the *necessity* (*democratic*) that she was, really, applied, equally to all citizens. The *Public Prosecution vocation as an organ of Justice, immediately* propose the idea of an organization propeller of legality; i.e. of equality. By the initiative of the Public Prosecution, can the court protect and affirm *many* civil and social rights that, *turned on the law*, did not find individuals or social protagonists able, by themselves, make them vanquish.

• **KEYWORDS:** Independent initiative of the Public Ministry. The Court as a sovereign power of the State. Crisis of the political power; its conflict with Justice. The law of globalization. The “new” legitimacy of the Public Ministry. Responsibility of the community. Justice: an inclusive project of citizens. Credibilizing the Public Ministry.

Referências bibliográficas

AGAMBEN, Giorgio. *État d'exception – homo sacer*. Paris: Seuil, 2003.
 AGAMBEN, Giorgio. *Poder soberano e a vida nua*. Lisboa: Presença, Lx, 1998.
 ARENDT, Hannah. *La crise de la culture, “qu'est ce que l'autorité?”* [Título original em inglês, Between Past and Future]. Paris: Gallimard, 1972. (Collection Folio/Essais).
 BALIBAR, Étienne. *Droit de cité – citoyenneté ou souveraineté du peuple?* Paris: Quadrigue/PUF, 2002.
 BARRETO, Ireneu Cabral. *A Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. Lisboa: Notícias, 1995.

BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO. *Globalización y derecho*. Madrid: Universidad Autónoma de Madrid, 2006.

CANOTILHO, J. J. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Ed. Livraria Almedina, 1998.

COLOMBO, Gherardo. *Governo dei giudici/ la magistratura tra diritto e politica*. Milano: Feltrinelli/ Campi del Sapere, mar. 1996.

DANTI-JUAN, Michel. *L'égalite en Droit Penal*. Travaux de L'Institut des Sciences Criminelles de Poitiers. Paris: Cujas, 1987.

DIAS, Figueiredo. *Os 25 anos do Estatuto do Ministério Público – autonomia e responsabilidade comunitária do Ministério Público: um equilíbrio difícil*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

FARIA COSTA, José Francisco. A globalização e o direito penal (ou o tributo da consonância ao elogio da incompletude). In: *Globalização e direito*, Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, n. 73, Coimbra Editora, 2003.

FREITAG, Michel. *Arquitetura e sociedade*. Lisboa: Dom Quixote, Lx. 2004.

GARAPON, Antoine. *Le gardien des promesses – justice et démocratie*. Paris: Odile Jacob, 1996.

GIANFORMAGGIO, Letizia. L'eguaglianza di fronte alla legge: principio logico, morale o giuridico. In: COTTINO, A.; SARZOTTI, C. (Eds.). *Diritto, uguaglianza e giustizia penale*. Torino: L'Harmattan Italia, 1995.

MAIRET, Gérard. *Le principe de souveraineté – histoires et fondements du pouvoir moderne*. Paris: Gallimard, 1997. (Collection Folio/Essais).

MONTESQUIEU. *De L'esprit des Lois*, Livre VI, Chap. VII.

NEVES, Castanheira. *Justiça e direito*. Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, 1975. v. LI.

PACHECO, Pedro Mercado. Estado y globalización. Crisis o redefinición del espacio político estatal. In: *Globalización y derecho*. Madrid: Universidad Autónoma de Madrid, 2006.

ROXIN, Klaus. Posición Jurídica y Tareas Futuras del Ministerio Público. In: *El Ministerio Público en el proceso penal*. CONFERÊNCIA DO ANO DE 1969 NO CENTENÁRIO DO MP DE HAMBURGO. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2003.

ZOLO, Danilo. *Globalizzazione. Una mappa dei problemi*. Roma-Bari: Laterza, 2004.