

MINISTÉRIO PÚBLICO E POLÍTICA

por Alessandro Pizzorusso

Professor Catedrático da Universidade de Pisa (Itália)

Tradução de Paulo Gomes Pimentel Júnior

1. As ligações entre o sistema de justiça e a política têm há muito sido foco de atenção de teóricos e práticos do Direito, e definir o papel do advogado, do juiz e de outras categorias de profissionais jurídicos – incluindo o promotor de justiça – é provavelmente o aspecto da questão que suscita a maior parte das discussões. Entretanto, após décadas de debates entre especialistas jurídicos de todo o mundo, haveria aparentemente algumas aproximações nas posições que, nos dois últimos séculos, mostraram-se mais difundidas.

No século XIX e na primeira parte do século XX, sob a influência do pensamento iluminista, a visão de que a lei era a manifestação da “vontade geral” alcançou o seu ponto máximo, não apenas na Europa continental e em países de fora da Europa influenciados por ela, mas também nos países de common law onde o precedente judicial continuou a ser oficialmente reconhecido como fonte do Direito. No entanto, a visão de que a lei é um produto da cultura jurídica e não apenas vontade política nunca perdeu sua persuasividade: no século XX, a proposição de que existem princípios jurídicos intocáveis até mesmo pela autoridade política e o entendimento de que de que a ordem jurídica é um sistema racional de conceitos desenvolvidos por juízes e especialistas acadêmicos tornaram-se ainda mais influentes com a disseminação do controle judicial de constitucionalidade e o desenvolvimento do estudo científico do Direito(1).

No início do terceiro milênio não há absolutamente dúvida alguma de que a atividade de interpretar o Direito, que é universalmente reconhecida como sendo da doutrina e dos tribunais, pode também ser considerada, em alguns aspectos, como uma maneira de legislar, apesar de que deva permanecer considerado válido o princípio de que a atividade judicial está sempre sujeita às normas que estão em vigor dentro de um sistema jurídico específico. Mesmo a principal diferença entre os sistemas de civil law e de common law deduzida pela doutrina jurídica comparada, especialmente a partir da década de noventa – tem sido extensivamente enfraquecida devido ao aguçado crescimento, em sistemas anglo-saxões do statute law e à enorme incursão que o precedente judicial tem feito naqueles países que foram mais receptivos às idéias subjacentes à adoção de codificações modernas(2). Isso pareceria emprestar importância à controvérsia de que mesmo no Direito existe um deslocamento voltado a uma espécie de globalização em que há um notável equilíbrio entre a lei “legislativa”, essencialmente política na origem, e a lei baseada na doutrina, criada por teóricos do Direito, juízes e costume, de acordo com um modelo universal conhecido nós desde a experiência pré-oitocentista(3).

Entretanto, em relação ao Ministério Público, a questão atinente a conexões entre o sistema de justiça e o sistema político suscita especial preocupação, pois a função do Ministério Público envolve algumas responsabilidades que são similares àquelas dos juízes (e, em todo o caso, funcionalmente ligadas a estes), mas que, em alguns países, seus agentes são considerados pertencentes à autoridade política, mais especificamente ao Executivo, ou pertencentes a um poder que é independente dos demais três

tradicionais e, portanto, distinto do Judiciário, ainda que, em certos aspectos, muito próximo a ele(4).

As mais típicas funções pertinentes ao Ministério Público estão relacionadas com o dever de promover ações penais, com frequência dentro de um sistema de monopólio, a fim de pedir aos tribunais a imposição de sanções que a lei estabeleceu para os crimes específicos nela definidos. Essa função implica em uma série de poderes processuais que normalmente incluem o poder de decidir se interpõe um recurso contra decisões de juízes ou tribunais que pareçam juridicamente infundadas. Tais poderes frequentemente estender-se-ão ao encargo de direção da investigação de crimes e a responsabilidade pela execução das decisões. Em alguns países, o Ministério Público também tem funções civis ou administrativas, mas isso é menos peculiar.

Entretanto, é muito significativo considerar se o promotor de justiça, nos processos, executa o papel de “parte” e está alinhado perante o juiz, o acusado e as outras partes. Igualmente significativo é o fato de que o Ministério Público é diferente das outras partes, em sendo uma “parte pública” (com frequência também chamada “parte imparcial”) distinta das “partes privadas”, pela exigência, sempre, de buscar a verdade, mesmo se assim agindo possa beneficiar o seu natural oponente nos processos (e unicamente nos processos), denominado acusado.

A “natureza política” das funções do Ministério Público pode ser vista especialmente com relação a duas questões. A primeira diz respeito à sua possível ligação com a “política criminal” e, portanto, como parte da mais ampla estrutura traçada pelos “poderes” políticos – i.e. o Legislativo e o Executivo – sob adaptações que podem variar de acordo com as feições específicas de Governo em um dado país. A segunda questão surge da possibilidade de o Ministério Público (e, subsequentemente, juízes e tribunais) afetar autoridades públicas que são membros de outros poderes, dessa maneira interferindo em suas atividades.

A última questão tem frequentemente dado origem a críticas em vários países, não apenas por aqueles que vêem nestes casos as atividades do Ministério Público como uma interferência ilícita nos poderes políticos, mas também por aqueles que contestam, no lado oposto, o fracasso em iniciar processos criminais contra membros (ou protegés) de poderes políticos ou de outros grupos de pessoas que se deve temer por causar embaraços dessa ordem (por exemplo, em eventual acusação de estrangeiros que possa dar lugar a disputas internacionais).

2. Tomando esse último problema primeiramente, a solução é em geral encontrada no âmbito de normas com frequência extremamente detalhadas e usualmente expressas pela Constituição ou legislação de integração (ou leis com força constitucional), que estabelecem casos de “imunidade” ou “exceção de jurisdição”, fundadas no princípio da razão de Estado e derrogações de outros princípios constitucionais em especial o da igualdade(5) . Como é sabido, casos de imunidade devem ser distinguidos em duas espécies essenciais, segundo o envolvimento com a irresponsabilidade (em matéria criminal ou até mesmo civil ou administrativa) ou a “inviolabilidade” ou “imunidade”.

Irresponsabilidade (ou privilégio)(6) significa que a conduta pela qual, em tese, a pessoa que a exerceu poderia ser processada – e que deve geralmente ter ocorrido no desempenho de obrigações públicas – não é crime, mesmo se o fosse em outras

circunstâncias, e isso normalmente exclui qualquer responsabilidade civil ou ação disciplinar.

Um exemplo típico é a irresponsabilidade de soberanos (algumas vezes definida como “sagrada e inviolável”), ao passo que em Repúblicas não há irresponsabilidades, especialmente para crimes sérios, como traição ou violação da Constituição(7). No caso de membros do Parlamento (e algumas vezes até mesmo deputados estaduais, juízes de tribunais constitucionais ou outras categorias), a irresponsabilidade é geralmente confinada a votos e opiniões manifestadas no desempenho de seus deveres, de acordo com o artigo IX da Declaração de Direitos inglesa de 1689 (Bill of Rights), que codificou uma norma que o Parlamento da Inglaterra anteriormente aplicara, e com o Decreto de 23 de julho de 1789 que a Assembléia Revolucionária francesa adotou sob proposta de Mirabeau. O problema capital nesses casos é o preciso escopo do “desempenho do dever” – alguns autores tentaram ampliar o conceito bem além do que pareceria o significado apropriado das palavras. Na Alemanha e Grécia a irresponsabilidade nessa área não se estende à difamação.

No caso da imunidade parlamentar(8) o membro do Ministério Público deve submeter um requerimento para a Casa Legislativa da qual o acusado em potencial é um membro (isso é exigido enquanto permanecer integrante dela) para iniciar processos criminais e ter a imunidade suspensa. A imunidade deste tipo veio com a Constituição francesa de 1791 (Título III, Capítulo I, Seção V, Artigo 8) e com a Constituição francesa de 1795 (Artigo 113), e depois disseminada para um grande número de países. Em alguns sistemas jurídicos, uma autorização especial é necessária para medidas processuais individuais (como prisão) contra membros do Parlamento, ao passo que, quando a autorização for geral, os casos já estão estabelecidos (flagrante delito, por exemplo), e assim a solicitação não é necessária. Despiciendo dizer, que a imunidade parlamentar cessa quando o mandato parlamentar finda ou quando o integrante não é reeleito. Se houver reeleição, um requerimento adicional para ter a imunidade suspensa deve ser feito. Em alguns países a imunidade parlamentar não se refere ao Legislativo, mas à sessão parlamentar.

As normas sobre imunidade parlamentar têm igualmente dado origem a um grande debate sobre seu escopo atual. Alguns doutrinadores tentaram reduzir os fundamentos da imunidade a matérias de natureza “política” (embora esta proposta não simplifique o problema), ao passo que outros sustentaram que seria necessário provar a existência de um *fumus persecutionis* na petição inicial acusatória, mas isso pareceria ainda mais difícil de demonstrar. Além do mais, não se ajuda a considerar que a imunidade é uma garantia do agir parlamentar e não uma proteção para interesses pessoais.

As autorizações “gerais” para processar foram abolidas na Itália em 1993 e na França em 1995, e somente certas espécies de autorização para medidas processuais individuais foram mantidas. Uma consequência bizarra disso, na Itália, tem sido a emergência de uma interpretação de acordo com a qual a Casa pertinente do Parlamento tem o poder de decidir se a alegada conduta de seu membro enquadra-se no escopo da garantia (não mais de imunidade, mas) de irresponsabilidade. A decisão da Câmara é considerada vinculante para os tribunais penais(9): Além do mais, também resultou numa tendência parlamentar (que de fato está em dissonância com a jurisprudência da Corte Constitucional) cada vez mais alargar o conceito de “desempenho do dever”, aplicado a seus próprios pares.

Em adição, tem havido debates ocasionais sobre se um membro do Parlamento pode ser compelido a comparecer perante tribunais durante o julgamento como acusados, testemunhas ou réus e se os processos podem ser adiados em razão da atividade legislativa.

Por outro lado, foi a doutrina da “razão de Estado” que inspirou a exigência de que, para processar um membro do Governo por crimes cometidos no desempenho de seu dever, a autorização deva ser buscada em uma Casa do Parlamento, uma exigência estabelecida no Direito italiano como uma verificação sobre se o crime alegado foi cometido em amparo a um interesse estatal constitucionalmente importante ou a um interesse público prioritário, no desempenho de deveres de Governo (em cujo caso, a perseguição não é possível) (10).

Os casos de exceção de jurisdição incluem aqueles em que certos tipos de crimes são processáveis pela Casa do Parlamento de cuja pessoa acusada é membro (julgamento por seus pares), ainda que a prática tenha sido posta de lado em quase todos os lugares(11). Alguns países simplesmente estabelecem que um tribunal especial trate de qualquer acusação contra o Presidente da República(12) ou, algumas vezes, um Ministro(13), ou contra um membro do Parlamento ou do Governo (que na Espanha são processados perante uma Sala Penal do Tribunal Supremo(14)), ou contra um membro do Parlamento acusado de difamação (na Grécia o tribunal é a Corte de Apelação)(15). Em outros casos, estipulações para julgamento somente implicam em variações nos procedimentos ordinários(16).

O fundamento para as imunidades e exceções de jurisdição deve ser encontrado no equilíbrio que a Assembléia Constituinte tentará alcançar entre o interesse geral na perseguição de crimes, que evidentemente implica em igual tratamento a todos os infratores independente de qualquer papel institucional que tenham, e o interesse público em assegurar que os titulares dos mais altos cargos públicos tenham liberdade de agir sem medo de incorrer em responsabilidade. O equilíbrio é bastante delicado, mas, no conjunto, justificado(17).

3. Com referência ao outro tipo de problema, dever-se-ia observar que o termo “política criminal” se refere ao âmbito de atuação estatal concernente a legiferação e implementação da prevenção e repressão do crime. Mais especificamente, legislar na esfera criminal é um assunto para o Legislativo, como o é em qualquer outra área, ao passo que prevenção é uma tarefa da atividade administrativa, que é da responsabilidade do Executivo, e punição é um assunto do Judiciário, que impõe a pena apropriada, sob instigação do Ministério Público ou da vítima do crime.

Normalmente, o poder de propor ações penais é reservado ao Estado, por meio do Ministério Público, e somente em pouquíssimos casos o poder de instaurá-las é condicionado por uma “ação” da parte ofendida ou por outras exigências processuais a serem reunidas por partes externas ao Judiciário. Ações penais privadas, como uma forma de ação popular, estão disponíveis no Direito espanhol (artigo 125 da Constituição de 1978). A Inglaterra tem um tipo de ação semelhante, em essência consistente no exercício privado de funções públicas. A lei de 1985, que instituiu o Ministério Público da Coroa, restringiu a perseguição privada, mas não a extinguiu(18).

Embora a persecução de crimes seja usualmente baseada em valores essencialmente morais que são amplamente compartilhados na sociedade, que é regulada pelo Estado, é geralmente reconhecido que em face de certos delitos pode ser um instrumento político para combater tipos de conduta que, em dado contexto, são consideradas socialmente nocivas, ainda que não o possam ser em termos absolutos. Isso equivale a colocar-se nas mesmas situações de mala in se e mala quia priobita (como os penalistas costumavam chamá-las nos séculos passados). E até mesmo onde os crimes são perseguidos com base em um consenso geral, não há dúvida de que possa haver mais ou menos fatores contingentes que poderiam incitar as autoridades a punir certos tipos de crimes com maior severidade ou maior indulgência.

Entretanto, deveria ser ressaltado que cabe ao Legislativo estabelecer que casos constituem crimes e que penas a eles aplicar e, aí, nenhuma decisão do Executivo pode regular que um dado tipo de comportamento deve ser crime(19), nem pode o Judiciário assim decidir(20) (*nullum crimen, nulla poena sine lege*)(21). É admitido que neste campo o Legislativo tem poder exclusivo de definir crimes.

Portanto, não há dúvida de que, sujeito aos limites assentados pelas normas constitucionais, o Legislativo, através das medidas que edita, está autorizado a desenvolver política criminal com seus próprios objetivos e dissuadir certas espécies de comportamento por meio de punições penais. Semelhantemente, não há dúvida que o Governo, especialmente o Ministro da Justiça, pode promover tais medidas utilizando-se de seus poderes de iniciativa legislativa. Por outro lado, dado o exclusivo poder parlamentar que mencionamos acima, é duvidosa a legitimidade de uma “política criminal” introduzida no contexto de atividade administrativa ou judicial.

O ponto chave sobre a atividade administrativa é o de que ela deve em todo o momento apoiar-se nas pautas fixadas pelo Legislativo e que as disposições administrativas podem apenas tentar aplicar, ou interpretar – sob controle judicial – o que o Parlamento assentou. Demais disso, nos sistemas que permitem delegação de poderes legislativos, o termo “legislação” obviamente também se aplica, mesmo para esses propósitos, à atividade legiferante do Executivo sob tal delegação.

A atividade judicial é claramente governada pelas leis gerais pertinentes, e em especial deve observar estritamente o Direito Penal e Processual Penal. Nos (pouquíssimos) casos em que o Direito confere poderes discricionários aos tribunais (por exemplo, onde fixa penas mínimas e máximas), suas decisões ainda têm que se basear nos princípios explicitamente fixados pela legislação ou em quaisquer disposições (mesmo extralegais) que esta se refira.

Entretanto, o princípio da separação dos poderes e a garantia de independência do Judiciário exigem que as medidas legislativas e administrativas, mediante as quais a política criminal é posta em efeito, não passem dos limites da esfera de ação judicial, que inclui a verificação dos fatos dos quais as penas dependem e a decisão concernente a que dispositivos legais devem ser aplicados a eles.

Desse modo, toda influência do legislador ou do Executivo sobre os tribunais deve ser considerada proibida, a não ser sob fórmula geral, como disposições abstratas dirigidas para o futuro. A proibição se aplica especialmente às medidas capazes de afetar decisões judiciais em casos individuais (exceto onde houver um dispositivo constitucional para

elas, como no caso das anistias). Qualquer influência dessa natureza é ilícita, seja direta ou indireta(22).

Em sistemas constitucionais que garantem a independência do Judiciário investindo funções organizacionais em um órgão especial(23), como um Conselho da Magistratura, assim previsto em muitas constituições recentes, este tipo de garantia é estendido a todas as funções que este órgão é encarregado. Por outro lado, é claro que a política criminal pode ser desenvolvida pelo Governo ou pelo Ministro da Justiça, mesmo através de medidas não-legislativas, em específico para aquelas funções que não afetam uma ou outra área reservada ao Legislativo ou outras garantias de independência judicial que a Constituição direta ou indiretamente estabelece. Órgãos tais como os Conselhos da Magistratura, que não têm poder de definir a política criminal, devem, evidentemente, no desempenho de seus ofícios, levar em consideração quaisquer indicações políticas estipuladas por decisões do Parlamento ou do Governo, que não excedam seus poderes.

No contexto do Ministério Público, a questão principal é se, do ponto de vista das garantias de independência, deve ser tratado como um órgão judicial. Como um argumento para esta conclusão, deve-se observar que, como os tribunais não são normalmente autorizados a instaurar processos por suas próprias iniciativas, a garantia de independência judicial será insuficiente para impedir a autoridade política de interferir na persecução de crimes se o Ministério Público não gozar das mesmas garantias de independência do Judiciário. A independência de tribunais penais pode evitar condenações injustas motivadas politicamente, mas não pessoas de escapar da responsabilização, como resultado de tráfico de influência político, em violação ao princípio de que a lei é a mesma para todos.

Aqui, as normas encontradas em constituições atuais adotam uma variedade de aproximações, algumas das quais são de tipos mais recentes enquanto outras delas se distinguem em variações de graus, agudamente em alguns casos.

4. O papel que o Ministério Público desempenha naqueles sistemas constitucionais que o provêm, depende essencialmente em como a Instituição é organizada, as normas processuais que a governam, se os processos são obrigatórios e se as autoridades sozinhas podem instaurá-los(24) (mesmo se houver uma exigência de que as vítimas de crimes se adiantem e façam uma queixa formal).

Quanto à organização, possíveis alternativas dependem da existência de ligações entre agentes do Ministério Público e instituições políticas e do grau de coordenação entre as promotorias de justiça nos vários juízos e tribunais. O Ministério Público pode ter apenas uma hierarquia, abrangendo todo o país ou Estado-membro, ou um número de hierarquias, em nível de circunscrições ou comarcas, operando independentemente uma das outras nos vários graus. No caso precedente, as promotorias de justiça podem advir do Judiciário, ou ser parte do Executivo, ou mesmo formar um sistema independente de qualquer outro poder (e, dessa maneira, gozando autonomia), até mesmo se ligado por vários meios a um ou mais dos poderes tradicionais. Também existe a alternativa de um único Ministério Público, que pode abranger um número de promotorias de justiça, algumas vezes descentralizadas, ou podem ser compostas por promotorias de justiça separadas, erguidas nos juízos e tribunais (e normalmente distribuídas no país) e algumas formas de conexão entre elas. A organização interna do Ministério Público é

igualmente de extrema importância, especialmente se consideradas as relações entre a sua cúpula e os outros membros.

Processualmente, uma distinção crucial é se o Ministério Público é tratado como uma “parte imparcial” – em cujo caso seu papel é aparentado com aquele do juiz, ainda que seja na contenda processual, mas em pé de igualdade com a defesa (ao passo que o juiz neutro é situado equidistante às partes) - ou tem uma função que é essencialmente acusatorial, especialmente se existe uma ligação com a autoridade política. As normas processuais em vigor freqüentemente procuram reconciliar as exigências contraditórias sublinhadas desses dois casos opostos.

Finalmente, quanto à obrigatoriedade ou discricionariedade dos procedimentos da Instituição(25), deve ser dito que as decisões do Ministério Público, incontestavelmente, sempre têm um elemento de discricionariedade, já que a decisão de seguir adiante normalmente depende da avaliação dos fatos, do Direito e probabilidades de êxito, especificamente, de uma acusação exitosa. Quando o princípio da obrigatoriedade da ação é adotado, isso implica que a discricção não se estende à avaliação de conveniência, que é uma característica da atividade administrativa, e que o poder discricionário está confinado a avaliar os fatos-chaves e interpretar o Direito pertinente (em muito, do mesmo modo que os juízes e tribunais fazem, então o Ministério Público é assim chamado a fazer uma previsão sobre as espécies de decisões que os tribunais estão propensos a proferir). Nós temos, portanto, um tipo de discricção técnica, mesmo onde o elemento discricionário é mais assinalado, como ocorre, por exemplo, onde a atuação do Ministério Público consiste em recorrer contra uma decisão judicial ou em requerer uma medida cautelar(26).

A decisão concernente às prioridades na persecução de crimes é uma questão que tem dado lugar a muito debate em alguns países europeus. A controvérsia surge da ponderação de que, onde as prioridades não são fixadas pela legislação, o promotor de justiça competente decidirá que casos são mais e que casos são menos urgentes.

Evidentemente essa discricção poderia sofrer restrições processuais, na forma de normas que exigem que as decisões levem em conta – conquanto não necessariamente adira (mesmo que tenham que ser justificadas) - os argumentos de qualquer das pessoas que represente os interesses e opiniões de órgãos ou grupos imediatamente implicados (em especial as opiniões de todos os membros do Ministério Público envolvidos na decisão – e não apenas da cúpula ou dos promotores encarregados do caso).

Não há nada que obste conselhos recebidos de representantes políticos, embora isso não signifique reconhecê-los como possuidores da natureza de autoridade para definir a política criminal que a Constituição investe instituições específicas. A política criminal pode apenas ser assentada pelo Poder Legislativo através das leis que definem os crimes e os procedimentos de persecução. Não pode ser estabelecida por instruções governamentais ou parlamentares visando influenciar as decisões de casos específicos, ainda que indiretamente. O princípio do “juiz natural” (i.e. previamente determinado pelo Direito), que foi estabelecido pelas constituições de diversos países, provê uma garantia já que significa que o Parlamento tem o poder exclusivo de fixar que órgão profere a decisão e, portanto, implica no princípio de que o juízo deve ser determinado pelo Direito antes de o crime ter sido cometido.

Em contraste, os poderes discricionários de decidir como são organizadas as promotorias de justiça e suas atividades são mais próximos daqueles gozados pela Administração. Este tipo de discricção, ainda que proximamente afete acusações, é semelhante à discricção administrativa. Onde as ações penais são obrigatórias, as pertinentes funções são necessariamente governadas (as administrações dos juízos e tribunais são casos similares) pelas normas que restringem ao mínimo de discricção que é inerente à acusação e exigem que as decisões que envolvem o exercício desse poder sejam motivadas.

A atribuição de várias funções secundárias ao Ministério Público é menos significativa. Elas podem incluir o poder de intervir em processos civis concernentes a assuntos de interesse público ou funções administrativas rotineiras que, por uma razão ou outra (normalmente para a garantia de máxima imparcialidade) são julgadas preferíveis não incumbir à Administração.

Os poderes do Ministério Público (tal como a determinação de responsabilidade civil que pode surgir de condutas injustas do promotor e que são independentes da responsabilidade pessoal do autor da conduta) são exercidos em nome do Estado, mas têm de sê-los imparcialmente, mesmo com atenção aos interesses do Estado e até onde o poder de instaurar ações penais não seja obrigatório ou o promotor de justiça seja concebido como o acusador: as exigências de imparcialidade derivam diretamente do princípio de igual tratamento que órgãos públicos são obrigados a observar com relação a todos os cidadãos. Por essa razão é com freqüência assertado que o Ministério Público – como o Judiciário – preserva os interesses do Estado-como-comunidade-nacional, não aquele do Estado-como-pessoa-jurídica (seu papel é diverso daquele de outras instituições, como a Procuradoria da Fazenda, encontrada em muitos países).

5. Em relação à organização do Ministério Público nos países cujas experiências têm grandemente influenciado estudos da Instituição, a aproximação difere vastamente(27). As feições essenciais podem ser classificadas de acordo com certas características, cujas implicações práticas tentarei apresentar.

A primeira distinção pode ser extraída a depender de o Ministério Público ser diretamente encarregado de (ou de qualquer maneira supervisiona) todo o encargo de imposição da lei penal, ou de apenas parte dele. Essa tarefa, no sendo amplo, inclui: 1) receber notícias de crimes do povo ou buscar tais relatos; 2) investigação preliminar de crimes; 3) instituir ações penais ou requerê-las, ou tomar a decisão de não acionar; 4) representar o interesse público em todas as fases do processo, incluindo recursos contra decisões judiciais e prisão de acusados ou outras medidas preliminares; 5) execução de condenações impostas pelos tribunais.

As aproximações encontradas, na prática, nos diversos países que prevêm um órgão denominado “Ministério Público”, oscilam entre o poder de desempenhar as atividades supra 4 apenas, como no Reino Unido, e um Ministério Público responsável por todas as atividades acima, como a Itália após a introdução do Código de Processo Penal de 1988. Duas aproximações intermediárias são a previsão de um promotor de justiça encarregado da investigação preliminar (com poderes, em certas condições, de instaurar ações por sua própria iniciativa) ou o envolvimento do promotor de justiça nas investigações preliminares, mesmo onde eles estão geralmente guiados pela polícia. Neste caso, as relações entre o Ministério Público e a polícia, em especial nas matérias

concernentes à organização, são cruciais. Onde o Ministério Público exerce a direção das investigações policiais, sua eficiência e potencial papel de agente político são, com nitidez, grandemente acentuados.

Uma segunda distinção volta-se sobre se o Ministério Público é uma única organização abrangendo o país inteiro ou é constituído por promotorias de justiça independentes umas das outras, em variados graus e operações, em circunscrições que coincidem com aquelas dos juízos em que eles submetem seus pedidos. Se as promotorias locais não são coordenadas, de alguma maneira, por órgãos com mais ampla atribuição geográfica (ou um órgão central), sua eficiência operacional é extremamente limitada e a coordenação é desempenhada pela Polícia ou pelo Governo. Em sistemas federativos, ou em sistemas que têm autonomia local em vários assuntos, uma consideração importante é como as promotorias de justiça são supervisionadas pelos órgãos central ou regionais/locais.

Uma terceira distinção é relacionada com a organização interna das promotorias de justiça. Uma consideração chave aqui é o grau de independência dos membros do Ministério Público, quanto controle é exercido sobre eles pela chefia da Instituição, ou até que ponto são controlados por órgãos situados em mais alta hierarquia (em outras palavras, até que extensão os promotores de justiça gozam de independência “interna”).

Uma quarta distinção repousa em se as funções acusatórias são desempenhadas por advogados recrutados por prazo determinado ou por agentes públicos com status profissional que lhes proporciona segurança e independência frente a quem quer que procure pressioná-los (a assim chamada independência “externa”). Aqui, a questão essencial é se Ministério Público é parte do Judiciário ou parte do Executivo, ou uma organização separada de ambas (constituindo algumas vezes uma autoridade administrativa independente).

As conexões entre promotores de justiça e juízes de direito decorrem do fato de que em alguns países ambos são membros do mesmo Poder (como em França e Itália) ainda que, mesmo aqui, sua independência possa diferir sob um ponto de vista operacional. Uma dada autoridade jurídica pode, por conseguinte, officiar, em ocasiões distintas em suas carreiras, como um juiz ou como um promotor de Justiça.

O Ministério Público pode ser parte do Executivo se as funções envolvidas são designadas a um grupo de agentes que, organizacionalmente, estão vinculados a um departamento governamental (como o Ministério da Justiça ou o Ministério de Assuntos Interiores), ou a mesma situação pode surgir se, sob um ponto de vista puramente funcional – e em alguns casos com garantias, que podem tomar várias formas - o Ministério Público recebe instruções do Governo(28).

Onde o Ministério Público é uma organização independente, com um órgão que está situado em sua cúpula, como na Espanha, uma controvérsia pode surgir atinente à posição desse órgão, já que tem um papel político especialmente significativo(29). A aproximação portuguesa é uma tentativa de reconciliar as várias necessidades: ali, o Ministério Público, embora separado do Judiciário, tem similares garantias de independência, incluindo um órgão que provê a profissão com auto-governo.

Obviamente, cada uma dessas variações dá lugar a diferentes problemas, cuja real significância dependerá não apenas do escopo teórico das normas em vigor, mas também das tradições e sensibilidades que influenciam como o Ministério Público específico opera.

6. Para concluir, uma análise comparativa das diversas aproximações adotadas nos países da União Européia e em outros que aplicam princípios do “constitucionalismo” dentro da mesma tradição e modelos os princípios chaves comuns aos modernos sistemas democráticos sugerem que, dadas as funções ministeriais típicas, os agentes que as desempenham necessitam o mesmo tipo de profissionalismo e a mesma capacidade de avaliação de fatos e de interpretação do Direito que os juízes e advogados. Essa é a característica principal de distinção entre os especialistas jurídicos dos políticos, mesmo onde o político é um doutrinador jurídico ou onde os especialistas jurídicos desempenham funções de natureza política.

O fato de que o papel principal do Ministério Público é propor a ação penal, não obstante, em alguma extensão coloca-o à parte do Judiciário: isso é devido ao fato de que o promotor está incumbido de todas as atividades conectadas à persecução de crimes – e que são necessárias à sua repressão – enquanto o juiz deve preservar um papel passivo, tomando decisões a pedido das partes sem que – em regra, pelo menos – possa adotar iniciativas pessoais. Além disso, o papel do promotor de Justiça difere-se daquele do outro da defesa, visto que representa um cliente bastante especial – nem um indivíduo particular nem o Estado no sentido de autoridades públicas, mas a “sociedade civil” (em outros termos, a comunidade inteira). Sua ação não é, portanto, guiada por instruções de um “cliente” mas pelo “interesse público”, que afeta a todos, mas a ninguém em particular.

Essas características básicas de seu papel significam que o Ministério Público necessita dos mesmos tipos de garantias de independência interna e externa que o Judiciário. A razão capital para isso é a de que se o Ministério Público não for independente, o Judiciário não será totalmente independente também, já que não pode tomar o lugar de uma autoridade acusatorial inerte que está falhando em executar seu papel próprio de instigação. É também essencial para o Ministério Público ter total controle da atividade policial, sendo capaz ao menos de supervisioná-la e dirigi-la(30).

Essas considerações gerais(31) têm óbvias implicações nas matérias atinentes à organização do Ministério Público, ainda que isso não signifique que as adaptações devam se enquadrar em um modelo organizacional padronizado em ordem a ser apropriado ao papel do Ministério Público. Ao contrário, as tradições nos vários países justificam uma variedade de aproximações, que serão moldadas pelas experiências específicas de cada país e dependerão, é claro, de uma série de fatores.

Se o modelo é aquele mais comum nos países de língua inglesa, onde as funções ministeriais são principalmente desempenhadas por um pessoal cujo treinamento os equipa a um papel semelhante àquele dos advogados, ou ao modelo continental, no qual são usualmente desempenhadas por agentes públicos, embora de uma espécie bastante especial, é essencial que gozem das garantias de independência tanto em face da autoridade política como de qualquer outro pólo capaz de exercer influência sobre eles. Essas garantias, em substância, são similares àquelas gozadas pelos membros do Judiciário.

É claro, o ofício que ambos desempenham apresentam diferenças que implicam em que não podem ser tratados identicamente. As características técnicas da investigação preliminar – que conduz à acusação ou ao pedido de arquivamento - exigem uma coordenação muito mais próxima entre gabinetes e autoridades que é necessária no caso dos juízes. Demais disso, essas características fazem necessário ao Ministério Público ser organizado diferentemente dos juízos e tribunais(32). Isso não altera o fato de que há uma boa causa em fazer do Ministério Público parte do Judiciário, ainda que o propósito que poderia então convenientemente ser perseguido bem possa ser alcançável mesmo se os dois não tiverem uma organização única, especialmente se, dentro do sistema de justiça, ambos já estiverem acostumados a próxima cooperação responsável ou considerem-se como sendo essencialmente parte do mesmo poder. Em tais circunstâncias, garantias jurídicas formais podem ser efetivamente substituídas pela espontânea aceitação de normas consuetudinárias que completamente reúnem as exigências de um equilibrado funcionamento das instituições judiciais. Se tal clima não é inteiramente alcançável, entretanto, então as garantias organizacionais e processuais são aconselháveis para perseguir os objetivos em questão.

Mesmo onde a seleção de membros do Ministério Público utiliza o tipo de procedimento comum de provimento de cargos políticos ou administrativos (como é o caso em alguns países), isso não pode ser considerado como criação, entre o pessoal nomeado/eleito e aqueles que fazem a nomeação/eleição, algum parentesco com as características típicas das democracias representativas: o ofício do Ministério Público, como o dos tribunais, consiste em dar efeito ao Direito e não pode haver qualquer questionamento sobre se eles estão sendo influenciados em seus trabalhos pelos pontos de vista de um eleitorado ou de pessoas envolvidas no processo de seleção.

O ofício do Ministério Público, como dos tribunais, sendo concernente aos tecnicismos da aplicação do Direito(33), não deriva sua legitimidade da investidura, sobre os modelos democráticos, do órgão que o desempenha, e o seu próprio desempenho é essencialmente um assunto de compatibilidade entre decisões tomadas e os parâmetros estabelecidos no Direito – que são as normas derivadas das várias fontes reconhecidas pelo sistema que os juristas estão impelidos a aplicar no caso concreto. Eles/elas não necessitam investidura democrática (seja direta ou indireta), pois a legitimidade do que estão fazendo vem da conexão com o Direito que lhes é incumbido aplicar. É a validade da lei que proporciona à sua ação uma base democrática e assim não precisam de nenhuma outra forma de legitimação.

A atuação do juiz ou promotor deve obedecer ao Estado de Direito, assim como o agir de outras instituições do Estado deve obedecer ao princípio democrático. As duas coisas devem ser coordenadas, com nenhuma precedência de uma sobre a outra. Isso não significa que, ao tomar decisões que envolvem o exercício de poderes discricionários, o promotor de justiça não deva levar em consideração o impacto que essas decisões possam ter no contexto social em que está operando. É, entretanto, essencial que essas decisões tenham uma base sólida no sistema jurídico (e primeiramente, é claro, nos princípios constitucionais), e que o promotor não esteja dominado pela opinião pública ou por pontos de vista de pessoas proeminentes se, em seu entendimento, tais influências interfeririam em seu dever de aplicar medidas jurídicas específicas.

Essas considerações fazem aceitável qualquer das alternativas, para o Ministério Público, com qualquer análise comparativa que se nos apresente: seja uma instituição do

Poder Judiciário tipo (quer um único abrangendo juízes e promotores de justiça ou um para cada órgão, dividido em câmaras ou não e com outras variações possíveis) ou soluções de outras espécies. O importante é a consciência de que as diversas profissões jurídicas estão todas envolvidas na mesma tarefa e perseguindo os mesmos objetivos.

NOTAS

1. V. M. Cappeletti, *The Judicial Process in Comparative Perspective*, Oxford, Clarendon Press, 1989.
2. V. R. David, C. Jauffret-Spinozi, *Les grands systèmes de droit contemporains*, Paris, Dalloz, 11 ed., 2002; P. Stein, *Legal Institutions. The Development of Dispute Settlement*, London, Butterworth, 1984; R. Sacco, *Trattato di diritto comparato*, Turin, Utet, 1992 adiante (5 volumes); A. Pizzorusso, *Sistemi giuridici comparati*, Milan, Giuffrè, 2 ed., 1998; R.C. Van Caenegem, *European Law in the Past and the Future*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000; M.G. Losano, *I grandi sistemi giuridici*, Roma, Laterza, 2000.
3. V. em especial J.P. Dawson, *The Oracles of the Law*, Westport, Greenwood Press, 1968.
4. V. C. Guarnieri, P. Pederzoli, *La democrazia giudiziaria*, Bologna, Il Mulino, 1997.
5. Como corporificado no axioma da igual proteção da lei (equal protection of the law). Essa máxima é com frequência declarada em documentos de solenidade especial ou encontrada em paredes de salas de justiça em muitos países, e é um dos que todos os agentes da Justiça deveriam extrair inspiração.
6. Em francês, “irresponsabilité”; em castelhano, “inviolabilidad”; em italiano “insindacabilità” ou “irresponsabilità”.
7. V. o relato do comitê do Professor Avril sobre responsabilidade do Presidente da República da França.
8. Em francês “inviolabilité”; em castelhano “inmunidad”; em italiano “inviolabilità”.
9. Corte Const., 29 de dezembro de 1988, n.1150, in Foro italiano, 1989, I, 326 e ss.
10. Art. 96 da Constituição de 1948 e art. 9.3 da Lei Constitucional No. 1, de 16 de janeiro de 1989.
11. No caso de membros da Câmara dos Lordes (House of Lords) britânica, este privilégio foi abolido por um Ato de 1948.
12. O Haute Cour de Justice francês, como previsto pelos arts. 67 e 68 da Constituição de 1958, é um exemplo.
13. A Cour de Justice de la République francesa, estabelecida pelos arts. 68.1, 68.2 e 68.3, introduzidos na Constituição francesa de 1958 pela Lei Constitucional No.93-952 de 27 de julho de 1993, é um exemplo aqui.
14. Art. 71.3 e art. 102.1 da Constituição espanhola de 1978.
15. Art. 61.2 da Constituição grega de 1975, reformada em 1986.
16. Na Itália, por exemplo, no caso de infrações ministeriais, sob o art. 96 da Constituição de 1947, como reformado pela Lei Constitucional No.1 de 16 de janeiro de 1989, que aboliu a jurisdição especial do Tribunal Constitucional para tais crimes (embora a jurisdição especial fosse confinada a infrações do Presidente da República).
17. Sobre essa questão v. L.M. Díez-Picazo, *La criminalidad de los gobernantes*, Barcelona, Critica, 1996. Para extremamente ásperas críticas ao sistema de imunidades parlamentares, v. H. Kelsen, *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, Tübingen, J.C.B. Mohr (P. Siebeck), 1929. V. tb. C. Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, IX ed., Padua, CEDAM, 1975, vol.I, pp. 494 e 495.

18. L.M. Diez-Picazo, *El poder de acusar*. Ministerio Fiscal y Constitucionalismo, Barcelona, Ariel, 2000, pp. 35 e ss. e 151 e ss.; J.R. Spencer, *Jackson's Machinery of Justice*, Cambridge, Cambridge University Press, 1995, pp. 228 e 229. Noticiar um crime (à polícia, ao Ministério Público ou a qualquer outra autoridade designada para levá-la adiante ao aposento apropriado) não enseja a instauração de ações penais. É direito de todos e dá origem apenas a uma notícia criminis qualificada.

19. V., entretanto, o debate quanto à permissibilidade das denominadas normas penais “em branco”, que estabelecem penas a violações de normas postas em instrumentos não-legislativos (mesmo os futuros) para os quais a legislação faz referência para detalhamento dos casos que serão tratados como delitos.

20. Dever-se-ia chamar a atenção, aqui, à regra de que as leis criminais devem ser interpretadas “estritamente”, cujas regras de interpretação por analogia (v., por exemplo, o artigo 14 das disposições preliminares do Código Civil italiano). Essa norma, que envolve um monopólio parlamentar da esfera criminal, é com frequência assentado nas constituições (v., por exemplo, o art. 25 da Constituição italiana), mas é também encontrada em sistemas de common law, que não têm códigos penais.

21. Nos sistemas de common law, por exemplo, os tribunais aplicam o Direito como derivação dos precedentes judiciais, mas também nas leis. Na esfera criminal, entretanto, tanto nos sistemas de civil law como de common law, há uma exceção decorrente do princípio do nullum crimen, nulla poena sine lege de acordo com o qual o Direito Penal não pode se basear em fontes subordinadas à lei ou por meio de precedentes judiciais.

22. Uma garantia típica desta espécie é encontrada no artigo III, seção 1 da Constituição dos Estados Unidos, sob a qual a remuneração dos juizes federais não pode ser reduzida enquanto permanecerem no cargo. Esse artigo objetiva evitar influências indiretas daquele tipo que, em sistemas onde os juizes e promotores são agentes públicos, seu controle é normalmente tirado das mãos do Executivo e transferido (ainda que a função pertinente seja administrativa) para órgãos de auto-governo judicial (como o Conselho Superior da Magistratura).

23. Sobre essa espécie de medida, v. A. Pizzorusso, *L'organizzazione della giustizia in Italia*, Turin, Einaudi, 1990, pp.27 e ss..

24. O sistema de monopólio estatal existe na França, Alemanha, Itália e Estados Unidos, mas não na Espanha ou Inglaterra.

25. O sistema da obrigatoriedade existe na Itália (v. art. 112 da Constituição), Alemanha e Espanha, mas não na França (onde a acusação é sujeita à “conveniência”), Inglaterra ou Estados Unidos.

26. L.M. Diez-Picazo, *El poder de acusar*, cit., pp.15 e ss.

27. C. Guarnieri, *Pubblico ministero e sistema politico*, Padua, Cedam, 1984.

28. Enquanto na França o Ministério Público recebe instruções, sujeitas a certos limites, do Ministro da Justiça, na Itália esta conexão foi abolida por uma reforma de 1946. Em ambos os países, entretanto, tanto os magistrados judiciais (magistrati giudicanti) como os do Ministério Público (magistrati requirenti) – os dois são separados, é claro - são compostos por profissionais jurídicos do mesmo corpo, e transferências de um juízo para uma promotoria, e vice-versa, sempre são possíveis.

29. Diez-Picazo, *El poder de acusar*, cit., pp.141 e ss.

30. O art. 109 da Constituição italiana preceitua: “A polícia judiciária está à disposição direta do Judiciário”. Essa norma tem sido interpretada como significando que a subordinação pode ser de natureza puramente funcional. O Código de Processo Penal de 1988 deu ao Ministério Público poderes para dirigir investigações, o que fomentou a cooperação entre as duas instituições. A polícia, claro, tem funções administrativas nas

quais não recebem instruções do Ministério Público.

31. V., nesta conexão, a Recomendação Rec(2000)19 sobre o papel do Ministério Público no Sistema de Justiça Penal, produzido por um comitê de especialistas sob o Comitê Europeu sobre Problemas Criminais e adotado pelo Comitê de Ministros do Conselho da Europa em 6 de outubro de 2000. V., também, os procedimentos das conferências de Procuradores-Gerais (Strasbourg, 22-24 de maio de 2000; Bucharest, 12-16 de maio de 2001; Ljubljana, 12-14 de maio de 2002). Sobre a possibilidade de europeização do Ministério Público, v. V. Monetti, *Il pubblico ministero europeo, Questione Giustizia*, no.1/2003, p.187 ss.

32. As diferenças são ilustradas pela inaplicabilidade para o Ministério Público do princípio de “predeterminação” que figura em algumas constituições ou outros instrumentos jurídicos com referência a juízos colegiados ou monocráticos.

33. O princípio da “legalidade” como desenvolvido na França, Itália e América Latina corresponde, em essência, ao princípio alemão de *Rechtstaat* e ao conceito de *Rule of Law* (“Estado de Direito”), como utilizado nos países de língua inglesa.