

**O novo mapa judiciário
perante
o estatuto constitucional do Ministério Público**

Parecer

- draft -

[versão não revista]

Consulta

O novo mapa judiciário acarretou, além do mais, alterações significativas no estatuto dos magistrados, tanto judiciais, como do Ministério Público.

Uma das mais salientes, e directamente derivada da redução do número de comarcas, é a generalização da situação da nomeação de vários magistrados, por vezes em número bastante elevado, para cada comarca, com idêntica e consequente generalização e intensificação do problema da organização interna e divisão de trabalho entre os magistrados do Ministério Público colocados na mesma comarca.

Somos questionados sobre se a nova regulamentação cumpre as exigências que derivam da Constituição relativamente a esse problema.

Parecer

1. O estatuto constitucional do Ministério Público

1.1. Do agente do poder executivo ao magistrado

1.1.1. Introdução

Embora seja possível apontar-lhe antecedentes anteriores – sobretudo relevantes a partir do momento em que os tribunais se tornam mais “sedentários, permanentes e de jurisdição geral”¹ –, de Ministério Público com uma configuração verdadeiramente comparável à actual só pode falar-se após o estabelecimento do regime liberal que unificou as funções de promoção processual, apesar de tudo, ainda antes dispersas, que trouxe para a ribalta, como função mais importante, a promoção do processo penal² e que lançou as bases da sua organização interna.

Essa, senão criação, pelo menos seguramente *novação* do Ministério Público deu-se, como, aliás, seria quase forçoso perante vicissitude paralela em aspectos estreitamente conexos (como a legislação do processo penal), sob a batuta da legislação francesa. Em França, e por força da decidida tomada de posição de THOURET, a primeiríssima posição revolucionária ainda considerou que o direito de acusar – à semelhança do que sucedia com a jurisdição –

¹ JOSÉ ALBERTO DOS REIS, *Organização judicial*, Coimbra, Imprensa Academica, 1905, p. 224.

² FIGUEIREDO DIAS, *Direito Processual Penal*, I, Coimbra, Coimbra Edit., 1974, p. 362.

pertencia originariamente ao povo e devia ser, por isso, exercido por eleitos pelo povo³. No entanto, – naquilo que MICHÈLE-LAURE RASSAT não hesita em qualificar como “erro histórico”⁴ –, em ruptura com esse entendimento, o Decreto-Lei de 14-16 de Agosto de 1790 já proclamou que “os oficiais do Ministério Público são agentes do poder executivo” (art. 1º, título 8).

E seria esta orientação, por vezes expressa nos termos mais radicais⁵, aquela que – com o mais da legislação – irradiaria para toda a Europa. Assim, entre nós como em outros países, numa primeira fase da sua existência, o Ministério Público foi claramente marcado por essa posição na estrutura constitucional do Estado: a de representante do poder executivo junto dos tribunais e, portanto, a ele subordinado hierarquicamente. Daí derivou que, logo na primeira fase da sua existência, ele foi caracterizado como uma magistratura “amovível, responsável e hierárquica”⁶. A amovibilidade consistia em o governo poder transferir, dentro da mesma classe, e exonerar os que dela faziam parte. A responsabilidade incluiria uma responsabilidade disciplinar que se traduzia em que os magistrados respondiam perante o governo pelo cumprimento dos seus deveres e pela observância das instruções e ordens que dele recebessem. A hierarquia implicava a observância das instruções e ordens recebidas.

³ Cfr., sobre o ponto, PIERRE TRUCHE, «*Histoire do Ministère Publique. Evolutions et ruptures*», in AA. VV., *Le Parquet dans la République*, École Nationale da la Magistrature, Bordeaux, 1996, pp. 13 ss..

⁴ «*Le Parquet au regard de la législation interne*», in AA. VV., *Le Parquet dans la République*, p. 107.

⁵ A Constituição do Ano VIII, por exemplo, declarava que “as funções de acusador junto dos tribunais serão preenchidas por um comissário do governo”. De “agência do Governo” falaria, por seu turno, o orador do tribunate THIESSÉ. Sobre o ponto, vd. PIERRE TRUCHE, ob. e loc. cit., pp. 14 ss.

⁶ JOSÉ ALBERTO DOS REIS, ob. e loc. cit., p. 227.

À semelhança do que sucedeu em outros países, como a própria França⁷ ou a Itália⁸, este sistema não lograria resistir ao andar dos tempos.

Entre nós, ele foi, logo no final do século XIX e início do século XX, sujeito a discussão. A viragem, em parte, doutrinariamente adversa à matriz francesa – assinalando, já não só o carácter orgânico e não mecânico da divisão de poderes, como a concordância o exercício da acção penal com a índole geral da função judiciária⁹ –, em parte, efectuada com os olhos postos na realidade processual quotidiana, explica a evolução posterior, cujos traços essenciais são reconhecíveis nas seguintes afirmações saídas em 1905 da pena ilustre de JOSÉ ALBERTO DOS REIS: “se o conceito fundamental da escola francesa é falso, não podem aceitar-se os corollarios que delle se fazem derivar, taes como a amovibilidade e a subordinação hierarquica do Ministerio Publico ao ministro da justiça. O Ministerio Publico, visto que exerce funções de caracter judiciario, deve ser absolutamente independente do poder executivo, deve ter as mesmas garantias que os magistrados aos quaes incumbe a funcção de julgamento; deve, numa palavra, fazer parte do organismo judicial, com todas as prerogativas de autonomia e imparcialidade que caracterizam os órgãos judicarios”¹⁰.

⁷ MICHELE-LAURE RASSAT, *Le Parquet*, p. 107.

⁸ Tendo o passo fundamental sido dado pela Constituição de 1948. Cfr. GAETANO SILVESTRI, «L'organizzazione del pubblico ministero: rapporti nell'ufficio e negli uffici», in AA. VV. *Pubblico ministero e riforma dell'ordinamento giudiziario*, Milano, Giuffrè, 2006, p. 215; com mais indicações, Carlo Morselli, «Pubblico Ministero», in AA.VV., *Digesto delle discipline penalistiche*, X, Torino, UTET, p. 483. De “longa marcha” fala LUIGI DAGA, «Pubblico Ministero: 1) Diritto costituzionale», in AA. VV., *Enciclopedia Giuridica*, XXV, Roma, Istituto della Enciclopedia Italiana, 1991, p. 4.

⁹ *Vd.* JOSÉ ALBERTO DOS REIS, *ob. e loc. cit.*, pp. 242 ss.; assinalando a actualidade duma tal tomada de posição, ANTÓNIO CLUNY, «O Ministério Público e o Poder Judicial», in *RMP – Cadernos*, nº 6 (1994), pp. 40 ss.

¹⁰ *Ob. cit.*, p. 243.

Essa evolução – em que se integraram, como passos marcantes, a Constituição de 1976 e, apesar da sua singeleza literal, a revisão de 1989 – foi, por certo, paulatina, nem sempre linear e talvez, por vezes, com uma feição mais clara nos textos legais do que na realidade da prática judiciária, onde aspectos menos visíveis por vezes a deturparam. Mas, ainda assim, pode dizer-se que ela foi dotada da firmeza característica dos grandes processos históricos, mostrando globalmente, na sua insistência, orientação e ritmo, uma autonomia relativamente às vicissitudes políticas e mudanças de regime de que, à partida, não se suspeitaria¹¹.

É o que é visível olhando para a evolução de cada uma das três notas que adviriam ao Ministério Público da sua qualidade de representante do poder executivo.

1.1.2. Da amovibilidade à inamovibilidade

Na sequência de propostas anteriores, a amovibilidade foi logo atenuada por decreto de 24 de Outubro de 1901, que superou o sistema de amovibilidade pura (ou a arbítrio do governo), concedendo aos magistrados “algumas garantias de estabilidade”¹².

Nos sucessivos Estatutos Judiciários, ela foi restringida à faculdade do Ministro da Justiça de transferir livremente os magistrados dentro da mesma classe ou categoria (já que a demissão só podia dar-se por falta disciplinar grave).

¹¹ Já foi menos linear a evolução relativamente às relações entre o Ministério Público e os Tribunais. Sobre o ponto, JOSÉ LOBO MOUTINHO, in JORGE MIRANDA/RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, III, Coimbra, Coimbra Edit., 2007, art. 219º, nºs II ss. (pp. 207 ss.).

¹² CHAVES E CASTRO, *A organização e competência dos tribunais de justiça portugueses*, 2ª ed., Coimbra, França Editor, 1910, pp. 843 ss.

A Constituição de 1976 veio estabelecer que os agentes do Ministério Público não podiam “ser transferidos, suspensos, aposentados ou demitidos senão nos casos previstos na lei” e, bem assim, que “a nomeação, colocação, transferência e promoção dos agentes do Ministério Público e o exercício da acção disciplinar competem à Procuradoria-Geral da República”.

Na sua sequência, a Lei Orgânica da Procuradoria-Geral da República (Dec.-Lei nº 917/76, de 31-12) suprimiu o poder de transferência pelo Ministro da Justiça. Por essa razão, na Lei Orgânica do Ministério Público («LOMP») de 1978 (Lei nº 39/78, de 5 de Julho) os casos de transferência eram limitados à conveniência de serviço (condicionada no seu exercício: cfr. nº 2), pedido do próprio ou sanção disciplinar (art. 121º, nº 1).

A Comissão Constitucional pronunciou-se, em termos restritos mas facilmente generalizáveis, pela inconstitucionalidade das normas que permitiam a transferência por conveniência de serviço (Parecer nº 33/82)¹³, que já não apareceria na LOMP de 1986 (cfr. art. 109º da Lei nº 47/86, de 15/10).

1.1.3. A evolução da responsabilidade disciplinar

Igualmente significativo foi o que se passou com a responsabilidade disciplinar.

A responsabilidade disciplinar perante o Governo sofreu um processo de progressiva erosão até se dissolver completamente. Passo importante, apesar de não definitivo, foi dado pelo Estatuto Judiciário de 1927 (Dec. nº 13.809, de 22-06-1927). “No âmbito administrativo e disciplinar”, ele “concentra no Conselho Superior Judiciário, «como organismo superior hierárquico do Poder Judicial», as competências relativas aos juízes, ao Ministério Público, aos oficiais e funcionários de justiça e aos funcionários de registo civil, predial, comercial e

¹³ Cf. *infra*.

do notariado”¹⁴, solução mantida nos Estatutos Judiciários de 1928 (Dec. n° 15.344 de 10-04-1928) e de 1944 (Dec.-Lei n° 33.547, de 23-02-1944).

O Dec.-Lei n° 35.389, de 22-12-1945, atribuiu ao Ministro da Justiça, competência para “exercer a acção disciplinar” (art. 2º, n° 2º, *in fine*) e ao Conselho Superior do Ministério Público competência para exercer “jurisdição disciplinar” (art. 30º), sujeitando, além disso, a aplicação das penas mais graves a homologação do Ministro da Justiça (cfr. art. 32, § 1º). Essas soluções seriam mantidas no Estatuto Judiciário de 1962 (Dec.-Lei n° 44.278, de 14-04-1962).

A Constituição de 1976 reservou a competência disciplinar à Procuradoria-Geral da República, razão pela qual a legislação subsequente, apesar de alterar a composição do Conselho Superior do Ministério Público (incluindo nele membros nomeados) limitou os poderes do Ministro da Justiça, em matéria disciplinar, a uma simples “iniciativa da acção disciplinar” a exercer por intermédio do Procurador-Geral (art. 75º, n° 2, al. c), da LOMP de 1978). Mesmo esta seria, porém, suprimida na LOMP de 1986 (cfr. art. 59º).

1.1.4. A hierarquia

A própria hierarquia sofreu uma evolução no mesmo sentido geral.

Os Estatutos Judiciários procederam à diferenciação da subordinação hierárquica relativamente ao Procurador-Geral da República, por um lado, e aos restantes magistrados, por outro. “A hierarquia – dizia o art. 170º, n° 4, do Estatuto de 1962 – consiste na imediata subordinação do procurador-geral da República ao Ministro da Justiça, dos procuradores da República e demais ajudantes do procurador-geral a este, dos ajudantes e delegados do procurador da República ao respectivo procurador e dos subdelegados aos delegados”. O primeiro seria imediatamente subordinado ao Ministro da Justiça, enquanto os restantes magistrados do Ministério Público seriam subordinados directa ou

¹⁴ CUNHA RODRIGUES, *Em nome do povo*, Coimbra, Coimbra Edit., 1999, p. 64.

indirectamente ao Procurador-Geral da República. Não haveria, portanto, uma subordinação directa dos magistrados inferiores ao Ministro da Justiça.

Para além disso, foram sucessivamente limitados os poderes reconhecidos ao Ministro da Justiça. Por força do Dec.-Lei nº 35.389, a superintendência do Ministro da Justiça passou a implicar “a obediência a directrizes de ordem geral e não instruções sobre casos concretos”¹⁵. Ressalvava-se, no entanto, a intervenção nas acções civis como advogado do Estado, em que a lei conferia ao Ministro da Justiça o poder de autorizar a confissão, transacção ou desistência - o que seria interpretado no sentido de que relativamente a acções civis, o Ministro da Justiça poderia dar instruções concretas¹⁶. Esta orientação genérica seria depois mantida pelo Estatuto Judiciário de 1962 (cfr. art. 171º, als. a) e c)) e persistiria mesmo depois da Constituição de 1976 (cfr. art. 75º, nº 2, al. a), da LOMP de 1978).

A revisão Constitucional de 1989 consagrou a autonomia do Ministério Público e, na sua sequência - embora retardada -, a Lei nº 23/92, de 20-08 (que, segundo o seu sumário, versou justamente sobre a “autonomia do Ministério Público”) retirou ao Ministro da Justiça o poder geral de dar instruções de ordem genérica deixando permanecer apenas o poder de transmitir instruções de ordem específica nas acções cíveis em que o Estado seja interessado e, bem assim, o de autorizar a confissão, desistência ou transacção nas mesmas acções (art. 59º, als. a) e b)).

Por outro lado, ainda internamente, o poder directivo dos superiores hierárquicos foi atenuado pela LOMP de 1978 (art. 74º, nº 1, *in fine*) que, para além de reatar a previsão especial do direito de respeitosa representação que o Estatuto de 1944 ainda incluía (art. 266º), previu expressamente a recusa do

¹⁵ CAVALEIRO DE FERREIRA, *Curso de Processo Penal*, I, 1955, reimpr. Lisboa, UCP, 1981, p. 84.

¹⁶ Cfr. CAVALEIRO DE FERREIRA, *ibidem*.

cumprimento das ordens do superior com fundamento em grave violação da consciência jurídica dos magistrados (art. 74º, nº 1).

1.1.5. O sentido de uma evolução

O actual estatuto constitucional do Ministério Público é o resultado desta longa e paulatina evolução.

Não surgiu seguramente por acaso.

Mas também erraria quem supusesse que ele corresponde a uma simples consequência da vitória de uma determinada concepção, no quadro de uma disputa, teórica ou política, sobre a instituição e sua colocação no quadro dos poderes do Estado. A conclusão que a história sugere é que sucedeu, de alguma forma, o oposto. Ao longo dos tempos, por entre toda a diversidade de contextos históricos e políticos, o que se impôs foi, antes de mais, uma opção de fundo acerca dos termos e critérios mediante os quais hão-de ser exercidas determinadas funções, especialmente – mas não exclusivamente – a de exercer a acção penal: uma opção no sentido de que esse exercício se há-de fazer isento da influência do poder político e de acordo com princípios de legalidade, estrita objectividade e imparcialidade. A entrega de uma função ao Ministério Público não é – ou não é essencialmente – um mero problema de estrutura orgânica do Estado e inerente repartição de atribuições e competências. É, antes, uma opção de fundo no sentido de que o seu exercício há-de pautar-se por aqueles princípios de legalidade, estrita objectividade e imparcialidade que norteiam a intervenção do Ministério Público. Por isso se pode dizer que são estes princípios que o constituem e, a um tempo, explicam a sua existência e a sua autonomia.

1.2. O actual estatuto constitucional do Ministério Público

1.2.1. Introdução

Para compreender o significado e alcance das regras constitucionais em matéria de estatuto do Ministério Público, é necessário ter presente que o Ministério Público é, por força da Constituição, uma magistratura “monocrática”, isto é, hierarquicamente organizada (art. 219º, nº 4), que tem como “órgão superior” a Procuradoria-Geral da República (art. 220º, nº 1), a qual é, por seu turno, “presidida pelo Procurador-Geral da República” (art. 220º, nº 2).

“Há, assim, uma dependência dos inferiores em relação aos superiores, visto que a magistratura do Ministério Público constitui como uma unidade, enquanto verdadeiramente na magistratura judicial, cada juiz, por si só, é independente, e exerce autónomamente a plenitude da função judicial, nos termos delimitados pela sua competência legal”¹⁷.

Por força desta unidade do Ministério Público, o respectivo estatuto constitucional desdobra-se em dois planos, evidentemente interligados, mas entre si diversos: o do estatuto do Ministério Público no seu todo, por um lado, e o do estatuto dos agentes do Ministério Público, por outro.

1.2.2. O estatuto do Ministério Público como um todo

I. A questão do estatuto do Ministério Público como um todo tem o seu núcleo fundamental no problema da subordinação ou da autonomia dele perante os restantes órgãos públicos, *maxime*, o Governo.

A declaração de que “o Ministério Público goza de estatuto próprio e de autonomia nos termos da lei” (art. 219º, nº 2, da Constituição) compreende-se perfeitamente à luz da evolução da questão desde os alvares da plena

¹⁷ CAVALEIRO DE FERREIRA, *Curso*, I, 1981, p. 83.

subordinação hierárquica ao Governo, por intermédio do Ministro da Justiça, até ao presente¹⁸.

Para além do que já ficou referido, importará agora apenas salientar que a Constituição de 1976, evitando uma aceitação frontal da autonomia do Ministério Público, ainda se limitou à afirmação de que o Ministério Público gozava de “estatuto próprio”, deixando, dessa forma, à lei ordinária a decisão acerca das relações entre o Ministério Público e os restantes órgãos públicos, em particular, o executivo¹⁹. Só na revisão constitucional de 1989 foi acrescentada a exigência de autonomia do Ministério Público, que se mantém até hoje na Constituição. Com essa consagração constitucional da autonomia, porém, a exigência genérica de estatuto próprio - que significava a sua irrecondutibilidade a qualquer organismo público - viu desvanecer o seu significado e importância.

De qualquer forma, é de salientar que a autonomia do Ministério Público não desempenha apenas um papel endógeno, valendo ainda como “garantia da própria independência dos Tribunais, que são instâncias passivas (*ne procedat iudex ex officio*)”²⁰.

¹⁸ Cfr. sobre a evolução histórica, o Ac. do Tribunal Constitucional nº 254/92.

¹⁹ Cfr. PINTO NOGUEIRA/SIMAS SANTOS, *Lei Orgânica do Ministério Público*, Porto, Porto Edit., 1979, pp. 40 ss.; CUNHA RODRIGUES, *Em nome do povo*, pp. 72-73.

²⁰ RIBEIRO MENDES, «O Ministério Público, a Constituição de 1976 e a jurisprudência constitucional», in AA.VV., *Estudos em homenagem a Cunha Rodrigues*, I, Coimbra, Coimbra Edit., 2001, p. 611, com base no Parecer da Comissão Constitucional nº 8/82. *Vd. também* ANTÓNIO CLUNY, *O Ministério Público e o Poder Judicial*, pp. 45 ss.; RUI DO CARMO, «A autonomia do Ministério Público e o exercício da acção penal», in *Revista do CEJ*, III-IV, (1995), pp. 109-110; DÁ MESQUITA, *Direcção do Inquérito Penal e Garantia Judiciária*, Coimbra, Coimbra Edit., 2003, p. 45.

II. A autonomia do Ministério Público, como um todo, não é fácil de definir²¹. Tendo a sua primária justificação real na função típica de exercício da acção penal²², apresenta, quanto ao Ministério Público, como magistratura unitária, função e significado paralelos àqueles que a independência apresenta relativamente a cada um dos Tribunais (art. 203º).

Mostra, como esta, um duplo aspecto: vale, antes de mais, negativamente, como exigência de auto-determinação – exclusão da hetero-determinação, mediante subordinação a outras entidades públicas, incluindo a exclusão de qualquer dependência do poder político²³.

Mas vale, depois, correlativamente, como exigência de determinação de acordo com critérios de legalidade e objectividade. O art. 2º do EMP é, pois, de considerar como uma simples concretização desta exigência constitucional de autonomia. Legalidade e objectividade são “imperativos essenciais” da autonomia²⁴.

Ter função e significado paralelos não significa equivaler totalmente à independência dos Tribunais. Desde logo, por força da sua estruturação hierárquica, que passa necessariamente pela subordinação dos magistrados aos seus superiores²⁵, nos termos adiante explicados, o que não tem paralelo na organização dos tribunais, na medida em que cada Tribunal, por si só, exerce autonomamente a plenitude da função judicial.

Pode dizer-se que o Ministério Público está colocado “numa posição de «sujeição à lei» tendencialmente equiparável à dos juízes”²⁶. No entanto, por

²¹ Ac. do Tribunal Constitucional nº 254/92.

²² Ac. do Tribunal Constitucional nº 516/93.

²³ Cfr. Acs. do Tribunal Constitucional nºs 254/92, 516/93.

²⁴ Ac. do Tribunal Constitucional nº 291/02; cfr. também Acs. 389/89, 254/92, 581/00.

²⁵ Cfr. Ac. do Tribunal Constitucional nº 336/95.

²⁶ GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional*, 7ª ed., Coimbra, Almedina, 2003, p. 684.

implicação necessária da multiplicidade e diversidade das funções que a Constituição atribui ao Ministério Público, a autonomia do Ministério Público é um princípio que não apresenta o carácter absoluto que caracteriza a independência dos Tribunais. A Constituição parte do princípio da não subordinação do Ministério Público aos restantes órgãos do poder central, regional ou local e da sua vinculação a critérios de legalidade e objectividade mas não obsta em absoluto que, em determinados domínios, em que estejam em causa interesse disponíveis do Estado e em que, portanto, seja relevante a autonomia do Estado, possa haver lugar a ordens e instruções por parte do Estado.

Assim, não é inconstitucional o reconhecimento, ao Governo, através do Ministro da Justiça, da competência para “transmitir, por intermédio do Procurador-Geral da República, instruções de ordem específica nas acções cíveis e nos procedimentos tendentes à composição extrajudicial de conflitos em que o Estado seja interessado” e para “autorizar o Ministério Público, ouvido o departamento governamental de tutela, a confessar, transigir ou desistir nas acções cíveis em que o Estado seja parte” (art. 80º, als. a) e b), do EMP). Ao contrário, como a evolução histórica demonstra à saciedade, já seria inconstitucional o regresso ao poder de dar orientações, ainda que de ordem genérica, que abrangessem o exercício da acção penal, que existiu até que, na sequência da revisão constitucional de 1989, a Lei nº 23/92, de 20/08, relativa, segundo o seu próprio sumário, à “*autonomia do Ministério Público*”, o suprimiu.

1.2.3. O estatuto dos magistrados do Ministério Público

A) A qualificação constitucional como “magistrados”

O estatuto dos magistrados do Ministério Público é objecto, em especial, dos nº 4 e 5 do art. 219º. A primeira dessas disposições proclama que “os

agentes do Ministério Público são magistrados responsáveis e hierarquicamente subordinados” (art. 219º, nº 4, I parte, da Constituição).

Nesta qualificação directa a que a Constituição procede do estatuto dos “agentes” do Ministério Público os adjectivos não podem fazer perder de vista o substantivo.

Na verdade, o primeiro e mais essencial dado do estatuto constitucional dos agentes do Ministério Público é a sua qualificação, não como “funcionários”, mas como “magistrados”²⁷. Como o paralelo dos magistrados judiciais e a própria etimologia sugerem²⁸, essa qualificação, liga-se, por um lado, ao exercício de autoridade pública²⁹, mas, por outro lado, traz consigo um indeclinável núcleo de autonomia pessoal³⁰. Mestre ou chefe antes de ser quem exerce autoridade é quem tem uma capacidade de decisão própria que oferece o fundamento material a esse exercício da autoridade. O magistrado é, por essência, autónomo, ainda que não totalmente independente.

Essa autonomia dos magistrados do Ministério Público singularmente considerados guarda uma natural conexão com a autonomia do Ministério Público como um todo, pelo que sofrerá o impacto das limitações da autonomia deste último. No entanto, na sua natureza e significado, ela apresenta, à partida,

²⁷ Na contraposição insistiu MICHELE-LAURE RASSAT, *Le Ministère Publique*, Paris, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 1967, *passim*, e, conclusivamente, pp. 247 ss. Sobre a importância da qualificação constitucional como magistrados, com mais indicações, DÁ MESQUITA, ob. e loc. cit., p. 48 e n. 103.

²⁸ A palavra “magistrado” deriva do latim “magistratus”, à letra “cargo público”, “magistratura” e, por metonímia, “titular de cargo público”, “magistrado”. A palavra “magistratus” deriva de “magister”, “chefe”, “dirigente”, “mestre”, termo que, por seu turno, deriva de “magis”, “mais”, “em alto grau”. Não é, contudo, de excluir que a palavra “magister” tenha sido importada do etrusco “macstr(na)”, “macstrev(a)”, “chefe”. Cf. A. ERNOUT/A. MEILLET, *Dictionnaire étymologique de la langue latine. Histoire des mots*, 4ª ed., reimpr., Paris, 2001, pp. 378-379.

²⁹ CHAVES E CASTRO, ob. e loc. cit., p. 280

³⁰ *Vd.* DÁ MESQUITA, ob. e loc. cit., pp. 209-210.

o mesmo significado substancial de uma exclusão de hetero-determinação que se justifica e explica, não em si e por si mesma, como uma pura liberdade de individual decidir, mas como e enquanto é a consequência da “vinculação a critérios de legalidade e objectividade” como o artigo 2º do EMP assinala.

B) “Responsáveis e hierarquicamente subordinados”

I. “Os agentes do Ministério Público são magistrados” mas “magistrados responsáveis e hierarquicamente subordinados” (art. 219º, nº 4, I parte, da Constituição).

Pode, assim, dizer-se que, apesar da evolução registada, a Constituição portuguesa não seguiu as sugestões, vindas de vários lados, no sentido da independência dos agentes do Ministério Público e, portanto, da sua equiparação, sob esse aspecto, a magistrados judiciais³¹.

Naturalmente que a evolução atrás sintetizada suscita a questão de saber se a hierarquia não será, afinal de contas, tão-somente um resquício do passado de representante do poder executivo que, mais cedo ou mais tarde, cairá. Na realidade, porém, é preciso ter presentes três aspectos da máxima importância. Por um lado, que, apesar da centralidade que assume a função do exercício da

³¹ Foi a posição assumida por ROXIN, «*Posición jurídica y tareas futuras del ministerio publico*», in AA. VV., *El Ministerio Público en el proceso penal*, Buenos Aires, Ad Hoc, 1993, reimpr., 2003, pp. 37 ss. (trad. de «*Rechtsstellung und Zukunftsaufgaben der Staatsanwaltschaft*», in *DRiZ*, 1969, pp. 385 ss.), que assinalou, *de lege lata*, limites materiais vários à obediência às instruções por parte dos inferiores e apontou, *de lege ferenda* (fora do domínio da oportunidade e das questões técnico-táticas), para uma posição semelhante à dos juízes, incluindo a supressão do poder de substituição e de devolução (em favor de uma discussão perante o Tribunal Superior). Em «*Zur Rechtsstellung der Staatsanwaltschaft damals und heute*», in *DriZ*, 1997, pp. 109 ss., o Autor atenuaria, porém, a sua posição, considerando “bom e justo” (p. 117) o poder de dar instruções e apontando-lhe apenas, como grande limite no plano interno, a actuação no seio da audiência (p. 119).

acção penal, a verdade é que são múltiplas as funções constitucionalmente admitidas ao Ministério Público, algumas das quais, como ficou explicado, não são sequer incompatíveis com uma subordinação ao Governo. Por outra parte, a hierarquia é “um princípio que representa uma espécie de imagem de marca e sinal de identidade do Ministério Público, por oposição ao estatuto do juiz”³². Na verdade, em última análise, a total e completa equiparação dos magistrados do Ministério Público aos juízes deitará a perder a sua especificidade, ou melhor, a sua existência como corpo institucional: de Ministério Público seria apenas possível falar em sentido puramente funcional, pois que, na realidade, em termos orgânicos, se estaria pura e simplesmente perante um conjunto de juízes, no processo penal, com funções de promoção (em vez de decisão) do processo. Finalmente, a hierarquia do Ministério Público é o correlato natural de não estar organizada (nem se poder, tão pouco, organizar em termos completos e cabais) uma via de recurso sistemático para as decisões a cargo do Ministério Público como forma de alcançar a uniformidade de orientação e, por ela, a igualdade das pessoas perante a lei³³, sendo certo, por outro lado, que, respeitando elas à promoção processual, pelo menos de uma forma absolutamente geral, não constituirão a última e decisiva palavra, pois que se lhes segue uma decisão judicial.

Perante todas estas razões, a manutenção da hierarquia aparece como uma opção constitucional que, longe de representar um qualquer anacronismo, se mostra materialmente fundada.

³² CUNHA RODRIGUES, *Em nome do povo*, p. 113.

³³ BOLL, in LÖWE/ROSENBERG, *Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz Großkommentar*, VII, 25^a ed., W. De Gruyter, 2003, § 146, n^o 14; *vd.* também n^o 9). Também salientando a relevância da hierarquia para a uniformização da jurisprudência e igualdade do cidadão perante a justiça e a lei CUNHA RODRIGUES, *Em nome do povo*, p. 113; ANTÓNIO CLUNY, CLUNY, *O Ministério Público e o Poder Judicial*, p. 49.

II. É necessário, porém, ter o máximo cuidado com o sentido e alcance da proclamação constitucional de que os magistrados do Ministério Público são magistrados responsáveis e hierarquicamente organizados.

De acordo com definições com origem nos alvares do Ministério Público (no tempo, portanto, da representação do poder executivo), “a responsabilidade consiste em responderem, nos termos da lei, pelo cumprimento dos seus deveres e pela observância das directivas, ordens e instruções que receberem” e “a hierarquia consiste na subordinação dos magistrados aos de grau superior [...] e na conseqüente obrigação de acatamento por aqueles das directivas, ordens e instruções recebidas” (art. 76º, nºs 2 e 3, do EMP).

Esta hierarquia, assim configurada, não constitui uma hierarquia administrativa e não participa de todas as características definidoras dessa relação³⁴.

Da natureza de magistrado constitucionalmente reconhecida aos agentes do Ministério Público derivam dois tipos de limites que dotam a hierarquia do Ministério Público de particular e inconfundível especificidade.

Esses limites afectam, antes de mais, a obrigação de acatamento de ordens ou instruções recebidas.

Desde logo, o núcleo irrenunciável de autonomia próprio do magistrado põe limites ao dever de obediência, em atenção ao seu juízo ou critério próprio sobre a legalidade e, bem assim, à obediência à sua consciência jurídica (cfr. art. 79º EMP). Tudo sem prejuízo, naturalmente, de se prever um adequado mecanismo de substituição (art. 79º, nº 4³⁵).

Por outro lado, o exercício dos poderes próprios da relação hierárquica encontra naturalmente limites no que respeita à intervenção do Ministério

³⁴ Por todos, amplamente ANTÓNIO HENRIQUES GASPAR, «Ministério Público, hierarquia e processo penal», in *RMP – Cadernos*, nº 6 (1994), pp. 81 ss.; «Especialização da investigação», in *RMP*, XVI, nº 62 (1995), pp. 48.

³⁵ FIGUEIREDO DIAS, *Direito*, 1974, p. 381.

Público no processo. A intervenção do superior hierárquico tem de ser materialmente permitida pela dinâmica da marcha do processo e pelo papel de sujeito nela desempenhado pelo magistrado de grau inferior legalmente competente. Assim, e desde logo, fora dos casos expressamente previstos na lei e por ela integrados na dinâmica processual (como sucede com o art. 278º do CPP), não poderá haver um poder autónomo de supervisão quanto à revogação de actos praticados pelo inferior³⁶. E mesmo quanto a poderes directivos tem que se levantar a questão de saber se não haverá outras condicionantes, também derivadas do modo pelo qual se estrutura a intervenção do magistrado no processo³⁷.

III. A responsabilidade sofre igualmente o impacto do irrenunciável núcleo de autonomia que assiste aos agentes de Ministério Público enquanto magistrados. É que, por força dela, o poder disciplinar (inclusivamente pelo não cumprimento das ordens ou instruções dos superiores hierárquicos) não assiste a estes, sendo antes constitucionalmente reservado e concentrado na Procuradoria-Geral da República (art. 219º, nº 5) e, mais exactamente, no Conselho Superior do Ministério Público (art. 220º, nº 2).

³⁶ HENRIQUES GASPAR, Ministério Público, hierarquia e processo penal, p. 89.

³⁷ HENRIQUES GASPAR, Ministério Público, hierarquia e processo penal, p. 89. A observação vai ao encontro de parte das preocupações de ROXIN, no primeiro estudo que atrás se citou. É aqui que entronca a tendencial excepção ou restrição relativamente à audiência de julgamento ao poder directivo, tanto em França (através da invocação da “*liberte de parole*” – cfr. MICHÈLE-LAURE RASSAT, *Le Ministère Publique*, pp. 119 ss. e, mais recentemente, *Le Parquet*, p. 105), como em Itália (cfr. art. 53 do Código de Processo Penal) e, para parte da doutrina, na Alemanha (cfr., nesse sentido, por exemplo, Meyer-Gobner, *Strafprozeßordnung*, 47ª ed., München, Beck, 2004, § 146 GVG, nº 4, p. 1621). O mesmo sucede com a limitação do poder de dar instruções concreta no inquérito fora dos casos expressamente previstos na lei defendida, entre nós, por DÁ MESQUITA, ob. e loc. cit., pp. 295 ss.

C) Inamovibilidade

I. No termo de evolução sem quebra, a inamovibilidade dos magistrados do Ministério Público é hoje paralela à relativa aos magistrados judiciais (cfr. art. 216º, nº 1, da Constituição). Como assinalou o Tribunal Constitucional, existe uma clara diferenciação nos princípios constitucionais aplicáveis a ambas as magistraturas, podendo dizer-se reforçadas as garantias da magistratura judicial. No entanto, os magistrados do Ministério Público gozam “constitucionalmente de uma inamovibilidade relativa similar à dos juízes”³⁸.

As dúvidas em tempos suscitadas sob esse aspecto pelo facto de a Constituição só declarar expressamente inamovíveis os juízes (cfr. hoje art. 216º, nº 1) já não tinham à partida verdadeira razão de ser. Assim, a declaração de que os juízes são inamovíveis não era nem é acrescentada ou alterada, mas simplesmente esclarecida e concretizada pela proibição de transferência, suspensão, aposentação ou demissão fora dos casos previstos na lei³⁹. E esta proibição era e é exactamente igual para juízes e magistrados do Ministério Público. Sucede, além disso, que a evolução posterior dissipou inteiramente as referidas dúvidas. Por um lado, veio a esclarecer-se o aspecto institucional da garantia, que passa pela reserva da competência para a nomeação, colocação, transferência e promoção e para o exercício da acção disciplinar a um Conselho Superior (arts. 226º, nº 2, da revisão de 1982, e 222º, nº 2, da revisão de 1989). Por outro lado, o grande argumento no sentido de que só os magistrados judiciais e não também os do Ministério Público seriam inamovíveis era

³⁸ Ac. do Tribunal Constitucional nº 336/95. Neste sentido, já antes, *vd.* GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição Portuguesa Anotada*, 3ª ed., Coimbra, Coimbra Edit., 1993, p. 830; CUNHA RODRIGUES, *A Constituição e os Tribunais*, Lisboa, 1977, pp. 73-74; *Em nome do povo*, p. 114 (veja-se, no entanto, o que se diz *infra* no texto); MAIA COSTA, «O artigo 51º da lei Orgânica do Ministério Público: uma disposição inovadora... e inconstitucional», *in RMP*, 9º (1988), p. 370; DÁ MESQUITA, *ob. e loc. cit.*, p. 40, 47 ss., 223, 239-240, 257.

³⁹ MAIA COSTA, *ob. e loc. cit.*, p. 370.

retirado da alegada falta de autonomia do Ministério Público da qual a falta de inamovibilidade seria “corolário”: “não reconhecendo a autonomia do Ministério Público, coerentemente a Assembleia Constituinte recusou-lhe a inamovibilidade”⁴⁰. Ora, a consagração constitucional da autonomia do Ministério Público na revisão constitucional de 1989 (art. 221º, nº 2), mais que impossibilitar o argumento, inverteu-o, fazendo-o jogar no sentido da inamovibilidade. Assinale-se ainda, a terminar, que contra a similitude da garantia de inamovibilidade não podem ser invocadas as regras relativas à nomeação do Procurador-Geral da República⁴¹. O problema só se levanta se se admitir que da conjugação entre os arts. 220º e 133º, al. m), da Constituição resulta que, mesmo no decurso do mandato, aquele cargo é marcado pela precaridade traduzida na existência de um poder de livre exoneração por parte dos órgãos de soberania competentes. Caso contrário, e como o Tribunal Constitucional anotou, durante o seu mandato, a exoneração do Procurador-Geral da República estaria restringida “à verificação de razões de ordem disciplinar ou ao pedido do próprio”⁴². Ora, a extensão de um poder de livre exoneração (e, por maioria de razão, também de transferência ou suspensão) à generalidade dos magistrados do Ministério Público não poderia chocar mais frontalmente com a letra e o espírito da Constituição.

II. A garantia da inamovibilidade é uma garantia complexa, que apresenta não só um aspecto material – que está mais directamente em causa no art. 219º, nº 4, II parte –, mas ainda uma vertente institucional cifrada na reserva de competência para a nomeação, colocação, transferência e promoção dos agentes

⁴⁰ RAUL MATEUS, voto de vencido ao Parecer nº 33/82, p. 120.

⁴¹ Como fazia RAUL MATEUS, *ibidem*.

⁴² Ac. do Tribunal Constitucional nº 254/92, nº 2.2.

do Ministério Público e o exercício da acção disciplinar no Conselho Superior do Ministério Público.

III. Deixando esta segunda vertente para o seu lugar próprio, é preciso salientar que a proclamação de que os magistrados do Ministério Público “não podem ser transferidos, suspensos, aposentados ou demitidos senão nos casos previstos na lei” tem um amplo significado.

Na verdade, ele significa que há um “princípio de inamovibilidade”⁴³. Não é, por certo, “um princípio absoluto, comportando, pois *restrições* ou *atenuações*” como a transferência a pedido do magistrado a regra da mudança ao fim de um determinado número de anos e a que advém da aplicação de pena disciplinar, imposta no seguimento do correspondente processo⁴⁴. Mas é um princípio e isso envolve um condicionamento importante das respectivas limitações.

Numa perspectiva material, elas estão naturalmente sujeitas a uma “exigência de excepcionalidade e de justificação adequada”⁴⁵, tendo de respeitar “o núcleo essencial do princípio”⁴⁶.

Para além disso – como decorre expressamente da própria Constituição – elas estão sujeitas a uma reserva de lei⁴⁷: a transferência, suspensão e aposentação devem estar previstas em lei, a qual, aliás, deverá ser lei da Assembleia da República ou decreto-lei autorizado do governo, uma vez que

⁴³ Parecer da Comissão Constitucional nº 33/82, p. 111.

⁴⁴ *Ibidem*

⁴⁵ GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição*, 1993, p. 830. CUNHA RODRIGUES, *Em nome do povo*, p. 548.

⁴⁶ GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição*, 1993, p. 830.

⁴⁷ GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição*, 1993, p. 830; Parecer da Comissão Constitucional nº 33/82, p. 111; CUNHA RODRIGUES, *Em nome do povo*, p. 548.

não podia ser mais inequívoco que estamos perante um tema de estatuto dos magistrados do Ministério Público (cfr. art. 165º, nº 1, al. p), da Constituição).

Mas, como se pode ler no Parecer da Comissão Constitucional nº 33/82, “uma correcta interpretação da lei constitucional não deixa, contudo, as coisas neste pé. Vai mais longe. Pois seria inadmissível que o legislador constituinte, em matéria de tamanho melindre, abrisse de par em par as portas ao legislador ordinário, deixando entrar excepções ou limitações ao princípio da inamovibilidade que verdadeiramente subvertessem ou desnaturassem semelhante princípio. O que é razoável que o legislador constituinte tenha querido – e, segundo os cânones hermenêuticos (Código Civil, artigo 9.º, n.º 3), presumivelmente quis – foi limitar o campo de manobra da legislação ordinária”⁴⁸.

“E como?” – pergunta ainda.

“Decerto que circunscrevendo a área de movibilidade dos magistrados, tanto judiciais como do Ministério Público, a hipóteses contadas, inequívocas, ou definidas, pelo menos, com um mínimo de precisão que afaste a indefinição e infixidez. É o caso, já recordado, do pedido ou do assentimento dos interessados, da regra do sexénio, da decisão em processo disciplinar. Nestes «tipos» de solução acham-se definidos com a desejável precisão os pressupostos da transferência. E diríamos, justamente, que o n.º 1 do artigo 221.º, bem como o n.º 1 do artigo 225.º, envolvem, para além do apontado princípio de legalidade, como que um princípio de tipicidade”⁴⁹.

Sem isso, abre-se um espaço de “diluição e fluidez” e uma margem de decisão que não só acaba por não garantir que os desvios à inamovibilidade cumpram os requisitos constitucionais acima expostos (natureza excepcional, fundamento material, respeito pelo núcleo essencial do princípio) como, ainda e

⁴⁸ Parecer nº 33/82, p. 114.

⁴⁹ *Ibidem*, pp. 114-115.

sobretudo, coloca em risco a *ratio* última do princípio, na medida em que não põe os magistrados a coberto de pressões ligadas ao modo como serão exercidos os poderes inerentes ao governo da magistratura (e gestão das carreiras dos magistrados)⁵⁰.

D) Princípio do Ministério Público “natural” ou “legal”?

I. A inamovibilidade dos magistrados do Ministério Público torna compreensível o surgimento da questão de saber se não valerá também, em relação a ele, um princípio de “naturalidade” ou pré-determinação legal, como existe em relação ao juiz.

A questão foi indirectamente suscitada a respeito das disposições do EMP que reconhecem ao Procurador-Geral da República o poder de, nos processos criminais, ordenar a coadjuvação ou proceder à substituição do magistrado competente “por outro magistrado a quem o processo esteja distribuído sempre que razões ponderosas de complexidade processual ou de repercussão social o justifiquem” (actual art. 68º, nº 1).

MAIA COSTA criticou veementemente a introdução de uma tal solução na Lei Orgânica de 1986. Esse poder seria “atentatório da dignidade dos magistrados”⁵¹ – ao impor ao encarregado originariamente “a etiqueta de incompetente ou de “semi-competente”⁵², “prejudicial para a boa administração da justiça”⁵³, envolvendo “o *perigo real* da veiculação para o processo de interesses espúrios”⁵⁴ e – esse o aspecto a destacar agora – inconstitucional por incompatível com o estatuto constitucional de

⁵⁰ Parecer nº 33/82, pp. 112, 115.

⁵¹ Ob. e loc. cits., p. 367.

⁵² *Ibidem*, p. 369.

⁵³ *Ibidem*, p. 367.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 369.

“magistrados”⁵⁵ e os seus “direitos e incompatibilidades”⁵⁶. Com efeito – afirmava – a Constituição estabelece que os magistrados do Ministério Público «não podem ser transferidos, suspensos, aposentados ou demitidos senão nos casos previstos na lei». Mas a Lei Orgânica do Ministério Público, subtilmente, acrescenta «... ou, por qualquer forma, mudados de situação senão nos casos previstos na lei»⁵⁷. Ora saltaria à vista que esta excepção tinha sido aditada justamente para dar cobertura ao referido poder. E assim, uma vez que a única leitura que se poderia fazer da Constituição seria a de que “a enumeração das excepções ao princípio da estabilidade (como a lei ordinária impropriamente lhe chama) é taxativa” seria inconstitucional⁵⁷⁻⁵⁸.

Que dizer?

Directamente, a questão que se levanta não é propriamente de inamovibilidade: a providência não põe propriamente em questão a colocação (ou situação) do magistrado, mas apenas e só a distribuição do concreto processo, na medida em que aparece ao lado ou em lugar dele um outro magistrado. Para usar das expressões de CUNHA RODRIGUES⁵⁹, o que está em causa não é a estabilidade nas funções mas no processo. Uma questão, portanto, que, directamente, está relacionada, não com a inamovibilidade, mas com algo de análogo ao juiz natural, o qual, na sua plasticidade, ao lado de outros aspectos, também abrange a questão da “*divisão funcional interna* (distribuição

⁵⁵ *Ibidem*.

⁵⁶ *Ibidem*.

⁵⁷ *Ibidem*, pp. 369-370

⁵⁸ *Vd.* ainda, declarando a sua hesitação CUNHA RODRIGUES, «Sobre o modelo da hierarquia na organização do Ministério Público», in *Lugares do Direito*, Coimbra, Coimbra Edit., 1999, pp. 310 ss.; DÁ MESQUITA, *ob. e loc. cit.*, p. 248.

⁵⁹ CUNHA RODRIGUES, *Lugares do Direito*, pp. 311. *Vd.*, no entanto, o que se diz infra, no texto.

de processos)⁶⁰ pois não se limita à predeterminação do tribunal, mas também à do juiz ou da formação judiciária que se ocupe dum caso concreto⁶¹.

Haverá – eis a questão – um princípio do “Ministério Público natural”?

A inamovibilidade, se não se confunde com ele, realmente pressupõe-no e, nessa medida, subentende-o, uma vez que ela, no seu sentido fundamental de garantia da autonomia dos magistrados, poderia ser facilmente frustrada se pudesse existir um poder de proceder livremente à distribuição. Por isso, já se escreveu com inteira razão que a “discricionariedade organizativa chocaria com o sentido material do princípio da estabilidade que existe em nome do interesse público da imparcialidade e objectividade da justiça”⁶². Eis porque se não pode dizer, em todo o rigor, que o que está constitucionalmente garantido relativamente ao Ministério Público é uma “estabilidade nas funções e não no processo”⁶³. Só assim seria se realmente a estabilidade ou inamovibilidade fosse estabelecida para tutela “de meros interesses subjectivo-profissionais

⁶⁰ GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa anotada*, I, 4ª ed., Coimbra, Coimbra Edit., 2007, p. 525.

⁶¹ Ac. do Tribunal Constitucional nº 614/03. Essa é também a solução dada unanimemente na Alemanha: cfr. BÖTTCHER, in LÖWE/ROSENBERG, *Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz Großkommentar*, 7, 25 ed., Berlin, de Gruyter, 2003, § 16 GVG, nº 10; MAUNZ, in MAUNZ/DÜRIG, *Grundgesetz Kommentar*, 52ª ed., München, Beck 2008, art. 101, nºs 9, 42 ss.; DEGENHART, in SACHS, *Grundgesetz Kommentar*, 3ª ed., München, Beck, art. 101, nº 6a e ss., 14 ss.. Contra, vd. Ac. RL de 17-03-2004, in www.dgsi.pt (processo 1967/2004-3), mas de modo teleologicamente inaceitável, uma vez que admite expressamente que, por força da forma como decorre a distribuição, “se poderá cair numa verdadeira «manipulação da competência, e especialmente, que a acusação pudesse escolher o tribunal que lhe parecesse mais favorável»” (nº 3.2.2).

⁶² DÁ MESQUITA, ob. e loc. cit., p. 235, n. 127.

⁶³ CUNHA RODRIGUES, *Lugares do Direito*, pp. 310; Em nome do povo, p. 115. Sobre o tema, no contexto do pensamento do Autor, DÁ MESQUITA, ob. e loc. cit., pp. 252 ss.. Por nós, cremos que, na própria perspectiva do Autor a afirmação é excessiva. O que está em causa é a admissão de “derrogações” (p. 115) à estabilidade no processo e não uma simples estabilidade na função.

(corporativos)” dos magistrados⁶⁴ e não – como a todas as luzes é indiscutível – para tutela da autonomia dos magistrados no exercício das suas funções no processo. Sendo este o espírito da inamovibilidade, ele exigirá, até para conferir consistência prática a essa garantia constitucional, uma garantia análoga à do juiz natural, com o seu sentido fundamental de vedar uma escolha discricionária do magistrado que há-de exercer funções em cada processo. Assim, pelo menos em linha de princípio, também em relação à designação do magistrado do Ministério Público que há-se exercer funções em cada processo será de exigir “uma determinação normativa (*rechthssatzmäßige*), geral-abstracta e que satisfaça as exigências de determinação próprias do Estado de Direito”⁶⁵ – o que tem repercussões não só em matéria de competência, como em matéria de distribuição.

No entanto, quando se fala numa garantia análoga não se está a pensar, naturalmente, numa garantia idêntica pois aqui interfere a grande diferença entre o estatuto constitucional dos magistrados judiciais e o dos magistrados do Ministério Público: a hierarquia. “A estabilidade tem de compatibilizar-se com a hierarquia, princípio com a mesma dignidade constitucional”⁶⁶, e com as possibilidades de avocação, substituição e devolução que lhe são inerentes. Tais possibilidades não anulam o princípio, antes estarão enquadradas por ele, tanto no sentido de que elas próprias têm de estar normativamente previstas e reguladas em termos que evitem o arbítrio e a interferência de factores “estranhos a uma sã administração da justiça⁶⁷”, como ainda que não poderão ser tantas e tais que anulem o sentido útil do referido princípio.

⁶⁴ DÁ MESQUITA, ob. e loc. cit., p. 255.

⁶⁵ Assim, quanto aos magistrados judiciais, DEGENHART, in SACHS, *Grundgesetz Kommentar*, art. 101, n° 5, p. 2001.

⁶⁶ CUNHA RODRIGUES, *Lugares do Direito*, p. 311.

⁶⁷ DÁ MESQUITA, ob. e loc. cit., p. 221, relativamente à questão da deslocação de competência.

De uma forma geral, pode dizer-se que isso só sucederá se, para além da existência de um fundamento material para o seu exercício, houver uma prévia definição normativa dos pressupostos (taxativamente previstos) em que aqueles actos podem assentar e se, sendo o caso, constarem também de norma os destinatários exclusivos das concretas funções em causa⁶⁸.

Neste sentido, mitigado pela hierarquia – que, a par da autonomia é o outro dado definidor do estatuto e da identidade constitucional do Ministério Público e dos seus magistrados –, pode realmente falar-se numa exigência de pré-constituição do Ministério Público, de um Ministério Público natural ou legal, ou, mais precisamente, de um Ministério Público “quási-natural”⁶⁹.

1.2.4. A expressão orgânica do estatuto constitucional dos magistrados do Ministério Público

I. O estatuto constitucional do Ministério Público tem, como é afinal de contas evidente, as suas implicações ou, se se quiser, as suas vertentes institucionais e orgânicas.

Isso ressalta de imediato no que respeita ao Ministério Público como um todo, na medida em que a sua autonomia funcional exige naturalmente a sua autonomia orgânica face ao exterior⁷⁰. No entanto, as implicações institucionais e orgânicas do estatuto constitucional do Ministério Público estão longe de se quedar por aí. Pelo contrário, uma leitura atenta dos dados normativos constitucionais mostra com clareza que a Constituição se orientou pela consideração absolutamente correcta de que não seria suficiente uma

⁶⁸ Neste sentido, DÁ MESQUITA, ob. e loc. cit., p. 221, relativamente à questão da deslocação de competência, mas em termos generalizáveis.

⁶⁹ A expressão, directamente reportada à competência, é de HENRIQUES GASPARGAS, Especialização da investigação, pp. 51-52.

⁷⁰ Ac. do Tribunal Constitucional n.º 254/92.

consagração dos princípios materiais estruturantes da actuação e do estatuto do Ministério Público, sem os fazer acompanhar de adequadas garantias institucionais que lhe dessem corpo e lhe assegurassem a efectiva vigência. De maneira que se pode dizer que é o estatuto constitucional dos magistrados do Ministério Público que explica a consagração e a concreta configuração constitucionais da sua estrutura orgânica.

II. O art. 220º da Constituição proclama que “a Procuradoria-Geral da República é o órgão superior do Ministério Público” (nº 1), acrescentando que Procuradoria-Geral da República é presidida pelo Procurador-Geral da República (nº 2).

Poderá, por certo, dizer-se que a exigência de um órgão “superior” é o correlato orgânico do facto de os magistrados do Ministério Público serem “hierarquicamente subordinados” (art. 219º, nº 3), pois esta subordinação hierárquica implica, ao menos como solução natural, a necessidade de garantir a sua direcção superior. No entanto, esta explicação, sem ser incorrecta, mostra-se parcial, deixando na sombra outros aspectos do estatuto dos magistrados do Ministério Público que se mostram pelo menos tão relevantes e tão marcantes para as opções constitucionais em matéria de estrutura do Ministério Público como a hierarquia.

É que os magistrados do Ministério Público são igualmente “responsáveis” e inamovíveis, não podendo ser “transferidos, suspensos, aposentados ou demitidos senão nos casos previstos na lei” (art. 219º, 3), e, em decorrência disso, é entregue à Procuradoria-Geral da República “a nomeação, colocação, transferência e promoção dos agentes do Ministério Público e o exercício da acção disciplinar”

Perante isto, uma primeira conclusão se impõe: a Procuradoria-Geral da República é um órgão superior, não tanto ou não só na medida em que, como cúpula da hierarquia, dirige superiormente a actividade do Ministério Público,

como ainda na medida em que é um órgão de auto-governo e de disciplina da magistratura.

III. Um segundo aspecto que se impõe salientar é que a distinção entre estes dois âmbitos é um dado fundamental para a compreensão da estrutura orgânica do Ministério Público de acordo com a Constituição.

É que, enquanto órgão superior do Ministério Público, a Procuradoria-Geral da República, apresenta, constitucionalmente, “traços particulares”⁷¹, que já levaram a que se afirmasse tratar-se de “órgão ideal”, que resulta da proximidade de vários “sub-órgãos”⁷². Isto porque não se mostra completamente unitária: é “presidida” pelo Procurador-Geral da República mas, por outro lado, “compreende” o Conselho Superior do Ministério Público, a quem – enquanto “conselho superior”⁷³ –, cabem justamente, as funções de auto-governo ou gestão e disciplina da magistratura que, em Portugal, há muito desempenha (primeiramente, junto do Ministro da Justiça e, desde 1978, com autonomia).

Esta “autonomização funcional e orgânica face ao Conselho Superior do MP”⁷⁴ só significa que também para a Constituição, “uma pré-definição da organização hierárquica do Ministério Público poderá representar-se por um eixo em que, de um lado, estão os poderes directivos e, do outro, os poderes de gestão e disciplinares”⁷⁵. E, mais exactamente: “para obviar a desvios, relativamente à vinculação à lei, estruturou-se a organização da magistratura

⁷¹ GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição*, 1993, p. 832.

⁷² RUI PEREIRA, «O domínio do inquérito pelo Ministério Público», in AA.VV., *Jornadas de Direito processual Penal e Direitos Fundamentais*, Coimbra, Almedina, 2004, pp. 128-129.

⁷³ Cfr. Ac. do Tribunal Constitucional n.º 627/98, embora por referência aos conselhos superiores das magistraturas judicial e administrativa e fiscal.

⁷⁴ GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, p. 832.

⁷⁵ CUNHA RODRIGUES, *Lugares do Direito*, pp. 305-306.

do Ministério Público em termos que se podem sintetizar na seguinte fórmula: *quem dirige não classifica, não nomeia, nem sanciona*. Este é mesmo um dos vectores essenciais da garantia institucional do Ministério Público cuja imparcialidade como parâmetro de decisão é um imperativo constitucional decorrente das garantias da autonomia decisória dos magistrados⁷⁶.

Nessa medida, é inteiramente cabido afirmar, como o Tribunal Constitucional já fez, que, sendo o Conselho Superior do Ministério Público o único órgão do Ministério Público constitucionalmente previsto, para além do Procurador-Geral da República, lhe caberá “consequentemente” “velar pela *autonomia* que a Constituição consagra”⁷⁷.

Como o é que a hierarquia do Ministério Público, relativamente às relações entre os diversos magistrados, não contém o poder disciplinar⁷⁸.

2. Os desafios trazidos pelo novo mapa judiciário na organização e funcionamento do Ministério Público

I. A recente reforma judiciária pretendeu representar, globalmente, um esforço de racionalização perante as novas condições. Essa racionalização passa, por um lado, por um redimensionamento que seja capaz de adaptar a organização judiciária à evolução das suas condicionantes sociais gerais (a começar pela rede de comunicações e a acabar na generalizada concentração urbana das populações), por uma especialização que potencie a qualidade da jurisprudência e, finalmente, por uma aposta numa gestão administrativa eficiente dos órgãos judiciários.

⁷⁶ DÁ MESQUITA, ob. e loc. cit., p. 269. A feliz fórmula é de CUNHA RODRIGUES, *Lugares do Direito*, p. 307.

⁷⁷ Ac. do Tribunal Constitucional n.º 254/92, 279/98

⁷⁸ ANTÓNIO HENRIQUES GASPAR, «Especialização da investigação», pp. 47 ss.; «Ministério Público, hierarquia e processo penal», pp. 81 ss.

O primeiro dado saliente que, a um primeiro olhar, essa reforma oferece é que as comarcas são drasticamente reduzidas em número e, por conseguinte, cada uma delas é muito mais extensa. Em geral, cada uma das novas comarcas corresponde à agregação de várias das anteriores comarcas de base concelhia.

Dentro destas comarcas alargadas, está prevista a existência de um único tribunal de comarca. No entanto, de acordo com o artigo 74º da LOFTJ, “os tribunais de comarca desdobram-se em juízos, a criar por decreto -lei, juízos que podem ser de competência genérica e especializada” (nº 1), sendo que estes últimos podem, segundo os nºs 2 e 4 do mesmo artigo, ser juízos de:

- a) Instrução criminal;
- b) Família e menores;
- c) Trabalho;
- d) Comércio;
- e) Propriedade intelectual;
- f) Marítimos;
- g) Execução de penas;
- h) Execução;
- i) Instância cível (eventualmente desdobrados em Juízos de grande, média ou instância);
- j) Instância criminal (eventualmente desdobrados em Juízos de grande, média ou instância).

Muito embora, por força das virtualidades que oferece, o novo esquema, no seu preciso significado prático, não resulte totalmente claro das reformas introduzidas pela Lei nº 52/2008, estabelece-se que na sede das comarcas existem uma ou mais procuradorias da República (art. 60º, nºs 1 e 2), as quais “compreendem procuradores-gerais-adjuntos, procuradores da República e procuradores-adjuntos” (nº 3).

Assim sendo, as nomeações dos magistrados do Ministério Público são, pelo menos sempre, nomeações para a comarca, pelo que, do novo mapa judiciário resulta a generalização e a intensificação de uma situação já antes

existente nas grandes comarcas, ou seja, um quadro com vários e frequentemente numerosos magistrados do Ministério Público.

Com isto se abre um longo caminho a percorrer desde a nomeação ou colocação na comarca até à definição da titularidade de cada processo por cada concreto magistrado do Ministério Público – caminho no qual se poderá ver, a todas as luzes, um dos grandes desafios do novo mapa judiciário no que respeita ao Ministério Público.

Importará, na sequência, ver como responde a nova legislação sobre organização judiciária a esse desafio, a fim de aquilatar a sua compatibilidade com o estatuto constitucional do Ministério Público que atrás ficou esboçado.

II. Esta questão – valerá a pena anotá-lo desde já – é, entretanto, tanto mais aguda quanto é certo que a segunda grande vertente da recente reforma judiciária, no que respeita ao Ministério Público, é uma intensificação material da hierarquia interna, mediante a alteração das regras em matéria de nomeações para cargos de direcção.

Na verdade:

1. Os procuradores-gerais distritais são, como já eram, nomeados pelo CSMP, em comissão de serviço, de entre os nomes propostos para cada vaga de entre um mínimo de três (art. 126º, nº 3);
2. Os procuradores-gerais-adjuntos que dirigem as comarcas são nomeados, em comissão de serviço, pelo Conselho Superior do Ministério Público, de entre três nomes propostos pelo procurador - geral distrital” (art. 60º, nº 1, do EMP; cfr. ainda 62º, nº 1 do mesmo EMP e, bem assim o art. 90º, nº 1, da LOFTJ);
3. As funções de procurador da República coordenador são exercidas por procuradores da República com avaliação de mérito, nomeados pelo Conselho Superior do Ministério Público de entre três nomes propostos pelo procurador -geral distrital (art. 123º-A, do EMP);

4. Os lugares de procurador-geral-adjunto no Departamento Central de Investigação e Acção Penal (DCIAP), nos Departamentos do Contencioso do Estado e nos Departamentos de Investigação e Acção Penal nas comarcas sede de distrito judicial são providos de entre procuradores-gerais-adjuntos não podendo o CSMP vetar, para cada vaga, mais de dois nomes (art. 127º, nº 1, EMP);
5. O provimento dos lugares de procurador da República no DCIAP efectua-se, de entre três nomes propostos pelo procurador-geral-adjunto com funções de direcção e coordenação (art. 123º, nº 1, EMP);
6. O preenchimento dos lugares de procurador da República nos departamentos de investigação e acção penal (DIAP) nas comarcas sede dos distritos judiciais efectua-se, em comissão de serviço, por nomeação do Conselho Superior do Ministério Público, sob proposta do procurador -geral distrital (art. 122º, nº 1, EMP).

Basta esta simples enunciação para compreender que estas soluções – com a sua ampla preferência pela nomeação sob proposta, relativamente ao concurso, e pela comissão de serviço (renovável), relativamente ao provimento em termos normais – independentemente do juízo que mereçam em si mesmas, têm um impacto profundo na estrutura do Ministério Público. Na verdade, apesar de deixarem inalterados os termos formais da subordinação hierárquica, ao abrirem a margem para a criação de uma linha de confiança pessoal que pode atravessar toda a estrutura orgânica do Ministério Público, desde o topo, até às posições de coordenação de base, introduzem uma alteração qualitativa nas possibilidades reais e na efectividade da orientação da actuação da actividade do Ministério Público⁷⁹. Ainda que se considere que este pendor hierárquico ainda se mantém na margem de liberdade deixada ao legislador

⁷⁹ Traduzem como que um esquema de desconcentração hierárquica que visa o reforço do poder central (cfr. DÁ MESQUITA, ob. e loc. cit., p. 231, n. 121).

ordinário pela Constituição, não pode escapar que ele impõe, sem margem para dúvida, um especial cuidado na preservação da autonomia pessoal dos agentes do Ministério Público – sem a qual eles não mereceriam a qualificação Constitucional de “magistrados”.

III. O mencionado sistema de nomeação conduz, assim, à criação de uma situação de confiança (ou, noutra perspectiva, de dependência) excessiva entre os diversos patamares da organização interna do Ministério Público. Certo é que tal resultado não se verificaria caso se optasse pela implementação de procedimentos de selecção dos titulares de lugares com funções de direcção e coordenação que permitissem, pelas suas características, assegurar os princípios gerais da igualdade, da transparência e da imparcialidade na formação das inerentes decisões.

Neste contexto, não será despiciendo recordar as considerações expendidas pelo Tribunal Constitucional a respeito do princípio do acesso à função pública por via do concurso. Com efeito, o mencionado tribunal tem extraído do artigo 47.º, n.º 2, da Constituição, para além da concretização de um direito subjectivo à igualdade no acesso à função pública, um direito a um “procedimento justo de recrutamento e selecção de candidatos à função pública, estruturado segundo o princípio da capacidade e do mérito”. E, segundo o respectivo entendimento, este procedimento traduz-se, em regra, no concurso, “por se tratar do procedimento de selecção que (...) com maior transparência e rigor se adequa a uma escolha dos mais capazes”⁸⁰.

Convém salientar que o fundamento das mencionadas exigências de transparência e rigor “ultrapassa em muito o puro interesse do particular candidato, ou, mesmo, o interesse na eficiência da Administração”. Assim, a par

⁸⁰ Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 683/99, datado de 21 de Dezembro, e a doutrina que aí é indicada

do “interesse institucional, da própria Administração Pública, na promoção da sua capacidade funcional e de prestação”, importa sublinhar a existência de “um interesse de transparência e democraticidade na composição da função pública”. Significa isto que “tal garantia não é (...) exclusivamente determinada por interesses dos particulares que pretendem aceder à função pública, mas antes por um interesse público fundamental na transparência da função pública e na sua imparcialidade. Evita-se, com tais regras de acesso à função pública, que esta seja influenciada na sua composição (e, por conseguinte, tendencialmente na sua actuação) por um grupo ou sector – político ou ideológico, económico ou social, religioso, etc. –, com quebra das suas condições de imparcialidade. Nesta dimensão, pode dizer-se que a garantia de igualdade e liberdade no acesso à função pública é mesmo uma garantia institucional fundamental num Estado de Direito democrático”⁸¹.

Atendendo à variedade e extensão dos seus fundamentos, facilmente se depreende que estas preocupações não se circunscrevem ao domínio da função pública. Elas assumem, antes, relevância no quadro do preenchimento de quaisquer lugares ou cargos públicos não electivos, incluindo, naturalmente, e até por maioria de razão, aqueles que integram a estrutura orgânica do Ministério Público. Relativamente à composição desta estrutura, os princípios gerais que derivam da Constituição igualmente impõem, de facto, a consagração de garantias de transparência e, sobretudo, de um grau de publicidade adequado a permitir o controlo da imparcialidade dos processos de selecção e, conseqüentemente, da autonomia efectiva dos agentes do Ministério Público.

Não se nega que, no quadro da invocada teorização do princípio do acesso à função pública por via do concurso, se tem reconhecido a possibilidade de estabelecimento de excepções à regra do concurso. Todavia, conforme tem

⁸¹ Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 683/99.

vindo a ser genericamente evidenciado, a concretização dessa possibilidade “não pode estar na simples discricionariedade do legislador”, pelo que eventuais exceções introduzidas “terão de justificar-se com base em princípios materiais”⁸², ou, conforme tem sido propugnado pelo Tribunal Constitucional italiano, devem ser impostas pela salvaguarda de outros valores e princípios constitucionais⁸³. Nesta perspectiva, se, em relação a lugares com funções de direcção e coordenação superiores ou de topo, o afastamento do concurso – ou, em alternativa, de quaisquer garantias de igualdade, publicidade e transparência – se pode mostrar aceitável, ele já é dificilmente justificável relativamente a lugares como os de procurador coordenador da comarca (art. 123º-A do EMP), procurador nos DIAP na sede dos distritos (art. 122º do EMP) e no DCIAP (art. 123º-A do EMP), tanto mais que, nestes dois últimos casos, os cargos incluem uma crucial componente que não tem que ver com coordenação ou direcção mas com o exercício material de funções próprias do Ministério Público, que podem, aliás, ser realizado em exclusivo (cfr. art. 122º, nº 3, do EMP).

3. Os seus reflexos ou desenvolvimentos na organização e funcionamento do Ministério Público

3.1. A questão do sistema de distribuição em sentido amplo

I. Nesse contexto, a primeira questão a colocar é a de saber quais são os parâmetros fundamentais a que obedece a distribuição em sentido amplo, ou seja, a identificação do magistrado que há-de exercer as suas funções em determinado processo.

⁸² Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 683/99.

⁸³ Sobre o tratamento conferido ao princípio em análise nas várias constituições europeias, veja-se o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 683/99.

II. Base do sistema era e continua a ser a determinação da competência do Ministério Público. “Não obstante a organização unitária do Ministério Público este é representando junto de cada tribunal”⁸⁴, como se pode ver pelo art. 4º do EMP. E assim, “a competência do Ministério Público, uma vez introduzido o processo em juízo, é necessariamente estabelecida em função da competência do próprio tribunal”⁸⁵ ou, melhor até, em paralelo com ela. Assim, no que respeita ao tribunal de comarca, importa partir da determinação da competência territorial. Mesmo no que toca ao processo penal – onde, durante o inquérito, a questão ganha autonomia –, é exactamente o mesmo que resulta do artigo 264º do CPP, o qual sofre apenas espécies de desvios⁸⁶: por um lado, os casos de competência *ratione personae* (cfr. art. 265º do CPP); por outro lado, os casos de localização da actividade criminosa numa pluralidade de comarcas que, conjuntamente com a natureza do crime, dão origem à competência do DCIAP e dos DIAP das sedes dos distritos judiciais (cfr. arts. 46º, nº 3, al. a), e 73º, nº 1, al. b), do EMP) e, finalmente, os casos excepcionais de deslocação de competência⁸⁷ por acto do Procurador-Geral da República para o DCIAP ou por acto do procurador-geral distrital para os DIAP das comarcas sede de distrito judicial (cfr. arts. 46º, nº 3, al. b), e 73º, nº 1, al. c), do EMP).

É só caso para anotar que estes deslocamentos de competências mostram cumprir os parâmetros da exigência que atrás designámos como de Ministério Público quasi-natural, na forma mitigada pela hierarquia como ela se encontra subjacente à nossa Constituição. Na verdade, e como bem salientou DÁ MESQUITA, por um lado, não são a expressão de “um sistema estritamente hierarquizado”, mas antes de um sistema de coordenação entre órgãos do

⁸⁴ CAVALEIRO DE FERREIRA, *Curso*, 1981, III, p. 95.

⁸⁵ CAVALEIRO DE FERREIRA, *Curso*, 1981, III, p. 96.

⁸⁶ Sobre a *questão*, embora com diferente terminologia, *vd.* DÁ MESQUITA, *ob. e loc. cit.*, pp. 216 ss..

⁸⁷ “Desaforamento” lhes chama DÁ MESQUITA, *ob. e loc. cit.*, p. 219 ss.

Ministério Público, sendo mesmo de salientar que, em cada caso, são da competência do imediato superior hierárquico imediato de cada um dos órgãos, a saber: o PGR, relativamente às procuradorias de vários distritos e ao DCIAP e o PGD relativamente às comarcas e DIAP do distrito judicial. Por outro lado, “a deslocação de competência obedece “a uma prévia definição legal dos pressupostos (taxativamente previstos) em que pode assentar, constando também da lei os destinatários exclusivos das eventuais remoções de competência”⁸⁸. Nessa medida, há “uma clara opção legal pela definição abstracta da competência, assegurando-se, através de regras previamente estabelecidas e precisas, a isenção e imparcialidade dos órgãos responsáveis pelo inquérito, impedindo-se do mesmo passo, abusos de poder com objectivos estranhos a uma sã administração da justiça”⁸⁹.

III. O que sucede, porém, a partir daqui?

Deixando por ora de lado o caso do departamentos de investigação e acção penal e, portanto, abordando antes de mais a questão relativamente à comarca, verifica-se que junto destas existem procuradorias da República dirigidas por um procurador-geral-adjunto (art. 60º, nº 1, EMP) e que compreendem procuradores-gerais-adjuntos, procuradores da República e procuradores-adjuntos (art. 60º, nº 3, EMP).

E, assim sendo, dois são os sistemas teoricamente possíveis para proceder à designação do magistrado que há-se exercer funções em cada processo.

Por um lado, um sistema de distribuição dos processos por magistrado: relativamente a cada processo entrado na comarca, haveria que determinar, de

⁸⁸ Ob. e loc. cits., p. 221.

⁸⁹ *Ibidem*.

entre todos os magistrados colocados na comarca, aquele que iria desempenhar as funções de Ministério Público.

Por outro lado, um sistema de distribuição por juízo. Uma vez que existe em cada comarca mais do que um juízo, pressupondo a colocação de cada magistrado num (ou em vários) juízos, haveria que determinar o juízo a que o processo seria distribuído, com o que resultaria automaticamente determinado o magistrado.

Estes sistemas podem naturalmente combinar-se, pois pode suceder que no mesmo juízo esteja colocado mais do que um magistrado e, assim, haver necessidade de proceder, primeiro, à determinação do juízo e, depois, à determinação do magistrado.

Qual foi, porém, o sistema adoptado na recente reforma da organização judiciária?

3.2. A prévia colocação de magistrados (por provimento ou afectação)

I. A resposta dada pela actual redacção do EMP não se afigura óbvia.

A lei estabelece que o procurador-geral adjunto que dirige a procuradoria “dirige e coordena a actividade do Ministério Público na comarca, emitindo ordens e instruções”, competindo-lhe, designadamente, “proceder à distribuição de serviço entre os procuradores da República da mesma comarca e ou entre procuradores adjuntos, sem prejuízo do disposto na lei” (arts. 90º, nº 3, al. c), da LOFTJ, e 62º, nº 2, al. c), EMP).

Não se encontrando qualquer outra referência directa ao tema, poderíamos ser levados a concluir que se teria optado pelo primeiro sistema, ou seja, que, dentro do quadro de cada comarca, a determinação do magistrado que irá exercer funções a ela se dá por uma única operação de distribuição a cargo do procurador-geral-adjunto que dirige a procuradoria.

II. Esta interpretação – antecipamo-lo já – não é a única possível e nem sequer é aquela que, bem vistas as coisas, melhor corresponde aos termos da lei.

Vale a pena, no entanto, deixar claramente assinalado aquilo que é a todas as luzes uma evidência: a sua inconstitucionalidade perante o estatuto constitucional dos magistrados do Ministério Público.

Na verdade, ela traduziria a postergação total, dentro das comarcas alargadas, da garantia da inamovibilidade, tanto na vertente material, como na vertente institucional.

Na primeira vertente, é certo que a garantia da inamovibilidade não pode significar a constitucionalização de um determinado mapa judiciário. Mas não é menos certo que o legislador ordinário não pode ter a possibilidade de manipular a garantia da inamovibilidade mediante a definição de lugares indiferenciados e com âmbitos materiais e territoriais cada vez mais amplos. Ninguém por certo defenderia que, para efeitos de organização judiciária em primeira instância, todo o território nacional pudesse ser reduzido a uma ou duas comarcas – onde, por exemplo, a garantia de não ser transferido a não ser os casos previsto na lei e se esfumaria ou desapareceria... porque deixaria de haver transferências.

Por outro lado, ainda que a distribuição interna por magistrado fosse sujeita a regras pré-definidas - como veremos que seria sempre necessário –, a verdade é que resultaria igualmente violada tanto a reserva de lei, como a vertente institucional da garantia da inamovibilidade: seria afectada, por esvaziamento material, a competência constitucionalmente reservada ao CSMP; e, mais do que isso, resultariam disseminados e confundidos na estrutura hierárquica os poderes de direcção e os de auto-governo ou gestão da magistratura, ao arrepio da opção fundamental tomada pela Constituição em ordem à preservação da autonomia pessoal do magistrado. E basta penar no na intensificação material que a hierarquia interna sofreu na recente reforma para compreender a gravidade de que uma tal solução se revestiria.

A realidade é que a Constituição, ao estabelecer a reserva de lei e de competência do CSMP para a nomeação, colocação e transferência dos magistrados deixa uma ampla margem de manobra ao legislador ordinário na conformação do mapa judiciário e na organização judiciária.

Mas, primeiro, não a põe na dependência de uma definição puramente formal do que sejam os lugares em questão, como, aliás, transparece claramente do próprio EMP, que, indo além da definição formal dos actos, estende a garantia da inamovibilidade a todas as situações em que materialmente ela possa ser posta em causa: os magistrados, para além de não poderem ser “transferidos, suspensos, aposentados, demitidos” não podem ainda ser “de qualquer forma mudados de situação” senão nos casos previstos na lei (cfr. art. 78º)⁹⁰; ao CSMP compete não só “nomear, colocar, transferir, promover” e exercer a acção disciplinar, mas ainda “exonerar, apreciar o mérito profissional” e sobretudo “praticar todos os actos de idêntica natureza respeitantes aos magistrados do Ministério Público, com excepção do Procurador-Geral da República” (art. 27º, al. a)).

E, segundo, a Constituição põe limites à definição dos lugares ou da situação do magistrado, impedindo que esta seja feita com um nível de indiferenciação e de indefinição ou extensão material e territorial tais que esvazie a garantia da inamovibilidade.

Não é seguramente fácil determinar em abstracto onde passam esses limites.

Mas, no presente caso, podemos socorrer-nos do paralelo da magistratura judicial.

Na verdade, após alguma hesitação no decurso dos trabalhos preparatórios, relativamente à magistratura judicial, a garantia constituicional

⁹⁰ Parece-nos, assim, que, como logo literalmente se ve, o inciso final tem o sentido de estender a garantia e não de a encurtar, como defendeu MAIA COSTA (cfr. *supra*).

da inamovibilidade conduziu o legislador ordinário a assumir como base, dentro da comarca, um sistema de ligação estável (a que chamou “afecção”) dos vários magistrados aos vários juízos. Assim, “os juízes são nomeados para o tribunal de comarca e, tratando-se de tribunal de 1ª instância são afectos a um dos juízos aí integrados” (art. 42º, nº 2, do EMJ). Isso significa, por um lado, que “em cada tribunal ou juízo exercem funções um ou mais juízes de direito” concretamente determinado (art. 75º, nº 1, da LOFTJ). Por outro lado, significa que, “para além dos casos previstos na lei, o Conselho Superior da Magistratura pode, sob proposta do presidente do tribunal de comarca, determinar que um juiz exerça funções em mais de um juízo da mesma comarca, ponderando as necessidades do serviço e o volume processual existente” (art. 77º, nº 1, da LOFTJ) e que da mesma forma cabe ao mesmo Conselho, também sob proposta do presidente do tribunal da comarca a “reafecção dos juízes no âmbito da mesma comarca, tendo em vista uma distribuição racional e eficiente de serviço” (art. 88º, nº 4, al. f), da LOFTJ).

Ora, tendo, como atrás ficou assinalado, a garantia constitucional de inamovibilidade o mesmo conteúdo material relativamente aos magistrados do Ministério Público, sendo, além disso, o sistema da afecção dotado destes mecanismos de flexibilização, e, enfim, não tendo nem devendo ter a hierarquia interferência na questão (até por força da exigência de separação entre poder directivo e poder de nomeação de magistrados), a mesma deverá ser a solução que deve valer para o Ministério Público.

III. Esta é, de resto, a solução que julgamos mesmo decorrer de uma correcta interpretação da lei.

Embora não se possa dizer que a impõem, é ela que melhor se conjuga com várias soluções estabelecidas no EMP.

Assim, os arts. 120, nº 1 e 3, e 122º, nºs 1 e 2, e 127º, nº 1, do EMP. Na verdade, essas disposições deixam ver que nos diversos departamentos de investigação e acção penal, o provimento de procurador-adjunto e de

procurador da República se dá para “lugares” existentes e pelo CSMP (nuns casos, por proposta, noutros mediante concurso).

Além disso, o art. 122º, nº 2, II parte, mostra que também assim sucede relativamente ao provimento dos procuradores da República para “as instâncias especializadas referidas nos artigo 45º do Estatuto dos Magistrados Judiciais”, ou seja, para todas as instâncias especializadas, à excepção dos juízos de pequena e média instância cível e de pequena e média instância criminal.

Por outro lado, embora falte norma semelhante a esta relativamente aos procuradores-adjuntos, o art. 63º, nº 2, do EMP estabelece que “os procuradores-adjuntos que exerçam funções nos juízos de competência especializada previstos no artigo 45º do Estatuto dos Magistrados Judiciais ficam equiparados para efeitos remuneratórios, aos juízes colocados em instâncias especializadas” – o que pressupõe uma colocação estável nos referidos juízos e não uma mera distribuição directa dos processos pelos vários magistrados, caso a caso.

Assim sendo, tanto relativamente a esses casos, como relativamente àqueles sobre os quais o EMP omite qualquer esclarecimento (ou seja, à colocação de todos os magistrados nos juízos de competência genérica ou de pequena e média instância cível e criminal), a solução mais natural e aquela para que aponta a analogia com o EMJ corresponde a admitir que ela se dá em termos de afectação, por decisão do CSMP.

Esta solução é, aliás, a única que se mostra praticável e susceptível de permitir a busca e intensificação da especialização, que é um dos grandes objectivos da reforma, como factor de maior eficiência (em termos de qualidade e também de celeridade das decisões judiciais). Este objectivo seria de todo em todo impedido se os magistrados, ao longo da evolução da sua carreira, tivessem de concorrer genericamente a uma colocação na comarca, sem poder prever em que juízos ou que tipo de processos iriam exercer funções.

Portanto e em suma: apesar da sua falta de clareza, a melhor interpretação dos dados normativos vigentes aponta no sentido de uma

colocação estável dos magistrados do Ministério Público no âmbito da comarca e por decisão do CSMP, seja porque se dá como provimento em lugares determinados, seja porque se dá em termos de afectação.

Mas, ainda que assim não fosse, estamos claramente perante uma hipótese interpretativa compatível com os termos da lei e que se impõe, nos quadros normais da interpretação conforme à Constituição.

IV. A conclusão alcançada não resolve, ainda, todos os problemas, pois a afectação (e a reafectação), mesmo relativamente aos magistrados judiciais, não estão convenientemente densificadas na lei. Esta deixa ver que a competência para a ela a proceder será do CSMJ, sob proposta do juiz presidente da comarca, que a afectação será dotada de um maior grau de flexibilidade do que a colocação normal e que ela obedecerá a um objectivo de “uma distribuição racional e eficiente do serviço” (cfr. art. 88º, nº 4, al. f), da LOFTJ).

Uma interpretação conforme à Constituição exigirá que se revista a situação de afectação da estabilidade necessária para assegurar a autonomia do magistrado, valendo plenamente quanto à reafectação o imperativo imposto pela Comissão Constitucional quanto à figura – afinal de contas, materialmente não muito distante – da transferência por conveniência de serviço, a saber: o de circunscrever “a área de movibilidade dos magistrados [...] a hipóteses contadas, inequívocas ou definidas, pelo menos, com um mínimo de precisão que afaste a indefinição e infixidez”. Assim, é de exigir, quando menos, a prévia definição, objectiva e genérica, dos casos em que se pode tornar necessária a reafectação e, bem assim, do modo de determinação dos magistrados a envolver nela. Muito embora a independência dos juízes possa suscitar solução diversa, no âmbito do Ministério Público, isso pode conseguir-se mediante a emissão pelo CSMP de um regulamento adequado ao abrigo da sua competência para “deliberar e emitir directivas em matéria de organização interna e de gestão de quadros” (art. 27º, al. b), do EMP).

3.2. A distribuição de serviço em sentido estrito

I. A distribuição de serviço em sentido estrito já funciona após um primeiro momento de colocação dos magistrados nos diversos juízos, seja mediante provimento de lugares, seja mediante afectação de magistrados – o que, naturalmente, pode tornar desnecessária qualquer ulterior operação, no caso de ser um só o magistrado do Ministério Público colocado no juízo a que o processo seja distribuído.

II. Como já se referiu, o EMP estabelece que compete ao procurador-geral adjunto que dirige a procuradoria “proceder à distribuição de serviço entre os procuradores da República da mesma comarca e ou entre procuradores adjuntos, sem prejuízo do disposto na lei” (arts. 90º, nº 3, al. c), da LOFTJ, e 62º, nº 2, al. c), EMP)⁹¹.

Mas a lei já não é expressa nem quanto aos critérios a que deve a distribuição nem, quanto à respectiva natureza. O EMP mantém, sem dúvida, algumas regras, advindas da anterior redacção, que se referem à distribuição, designadamente a que dispõe competir ao CSMP “deliberar e emitir directivas

⁹¹ Três notas.

Uma primeira, para assinalar que, apesar de formalmente mantida, se deve considerar prejudicada a norma de acordo com a qual “sem prejuízo da orientação do procurador-geral distrital respectivo, a distribuição de serviço pelos procuradores-adjuntos da mesma comarca faz-se por despacho do competente procurador da República” (art. 64º, nº 3), porque também não consta hoje das competências dos procuradores da República qualquer competência para a distribuição de serviço (cfr. art. 63º, nº 1).

Por outro lado, assinale-se que se pode levantar a questão de saber se a competência para distribuir o serviço não poderá ser delegada nos procuradores coordenadores (art. 62º, nº 3, e 63º, nº 3).

Finalmente, idêntica competência de distribuição têm, relativamente aos DIAP, os procuradores-gerais-adjuntos que os dirigem (art. 72º, nº 2) e, apesar da magreza das indicações legais, o procurador-geral adjunto que dirige o DCIAP.

em matéria de organização interna e de gestão de quadros” (art. 27º, al. c)). Isso pode fazer perguntar se, no mais, isto é, no que se refere à concretização dessas directivas gerais, a questão não estará remetida para a discricionariedade do magistrado que dirija a procuradoria (ou o departamento).

III. Sob este aspecto, a situação normativa não é, consideradas as coisas globalmente, muito diferente daquela com que topámos relativamente à afectação de magistrados. Também aqui essa interpretação – que não é a única nem porventura a melhor – seria inconstitucional, como decorre do que atrás se disse.

É que, à semelhança do que se passa com os magistrados judiciais, relativamente ao Ministério Público, a exigência fundamental de pré-determinação normativa abrange, não apenas a competência do órgão, mas ainda a própria distribuição dos processos. Também numa perspectiva constitucional é válido que a distribuição se deve dar segundo “critérios ou regras de organização objectivas”⁹², podendo, por isso, falar-se numa “competência *quási-natural*”⁹³.

É forçoso lembrar, por certo, que também – senão especialmente – no presente domínio a exigência constitucional não é absoluta. Mesmo relativamente a magistrados judiciais, ela sofre de prosaicas, mas nem por isso menos inultrapassáveis limitações derivadas da morte, falta ou impedimento do magistrado a quem está distribuído o processo, a impor a sua substituição. E,

⁹² «Especialização da investigação», pp. 51-52. No mesmo sentido, DÁ MESQUITA, ob. e loc. cit., pp. 232, n. 124, e, 235, p. 127; PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código de Processo Penal*, 2ª ed. Lisboa, UCE, 2008, art. 264º, nº 5, p. 694. Nest sentido podem ainda citar-se MAIA COSTA – pois outro não é o pressuposto da inconstitucionalidade da alteração da distribuição pelo PGR – e mesmo CUNHA RODRIGUES, pelo menos se assumirmos ao pé da letra a hesitação que ele confessa relativamente a essa questão (sobre o tema, *vd. supra*).

⁹³ ANTÓNIO HENRIQUES GASPAR, *ibidem*.

no que respeita ao Ministério Público, é atenuada ou mitigada pela hierarquia e respectivas implicações.

Mas também sob este aspecto vale que a exigência de pré-determinação, na perspectiva constitucional, fornece o enquadramento básico para a regulamentação: a distribuição há-de dar-se, em princípio, segundo critérios genéricos, abstractos, pré-definidos. E mesmo nos casos em que são permitidos ou impostos desvios à distribuição para que tais critérios genéricos apontariam (ou seja, a redistribuição do processo ou, noutra perspectiva, de substituição do magistrado), tais desvios terão de ter enquadramento consentâneo com esse ponto de partida material: terão de se limitar aos casos, previamente previstos, em que para isso exista fundamento material, e afastar, por outro lado, no modo da regulamentação discricionariedades desnecessárias na escolha do magistrado que venha a exercer funções no processo.

IV. No entanto, não vá sem se salientar que esta interpretação nem sequer corresponde à melhor interpretação dos dados normativos vigentes após a recente reforma do EMP.

Logo em geral, pode de alguma sorte dizer-se que a exclusão de um sistema de distribuição casuístico (que assente ou permita a discricionariedade na distribuição) é solução que apresenta o seu quê de natural ou normal, sendo exactamente essa explicação pela qual, mesmo em ordens jurídicas em que isso não é elevado à categoria de garantia constitucional, não deixa o sistema de funcionar efectivamente com base em regras previamente estabelecidas. Especialmente significativo, nessa direcção, é o caso alemão em que, apesar da omissão constitucional em matéria de Ministério Público, e de uma estruturação fortemente hierárquica de cada procuradoria, os ministros da Justiça dos Estados federados emitem regulamentos sobre a organização e funcionamento das procuradorias (*Anordnung über Organisation und Dienstbetrieb der Staatsanwaltschaft - OrgStA*), sendo o procurador que dirige cada uma a estabelecer, no plano anual de repartição de serviço, as concretas regras de

organização e distribuição, a qual se faz de acordo com pontos de vista gerais (muitas vezes, segundo a ordem alfabética da letra do nome de família do arguido).

Mas a verdade é que, mesmo depois da recente reforma, se pode continuar a acompanhar ANTÓNIO HENRIQUES GASPAR quando, perante da LOMP de 1986, afirmava que a própria legislação ordinária pressupunha essa solução, não só ao preocupar-se em regular impedimentos e suspeições nos mesmos termos em que o fazia para os juízes, como ainda quando conformava “com elementos de vinculação” o poder atribuído ao Procurador-Geral da República de, nos processos criminais “nomear qualquer magistrado do Ministério Público para coadjuvar ou substituir outro magistrado a quem o processo esteja distribuído sempre que razões ponderosas de complexidade processual ou de repercussão social o justifiquem” (art. 51º da LOPM, correspondente ao actual art. 68º, nº 1 do EMP). De facto, bem vistas as coisas, tais regras - e outras se poderiam apontar - pressupõem um pano de fundo de pré-determinação abstracta que, sem as impedirem, todavia, constituem o seu pano de fundo e o seu enquadramento genérico.

Mas - tal como sucedia em relação à questão da afectação dos magistrados - ainda que não fosse esta a interpretação mais correcta no plano ordinário sempre corresponderia a uma possibilidade interpretativa imposta no quadro de uma interpretação conforme à Constituição.

V. No que respeita à competência para a emissão das normas sobre a distribuição dos processos, da Constituição não resulta outra exigência que não seja a de que o CSMP não seja completamente deixado à margem. Isso impõe-se, desde logo porque se trata de questão que não deixa de interferir, ao menos indirectamente, na gestão do Ministério Público e mesmo na carreira dos magistrados. E impõe-se, depois, na medida em que a definição das regras de distribuição é feita pelo magistrado que, simultaneamente, tem poder directivo imediato sobre os magistrados. A posição do CSMP como guardião da

autonomia dos magistrados – sobretudo numa situação em que se intensificou materialmente o pendor hierarquizante da organização interna – impõe a sua intervenção na questão.

No entanto, tendo em conta a necessidade de adaptação das soluções a adoptar a situações que podem divergir bastante de comarca para comarca, é suficiente o poder do CSMP de emitir directivas em matéria de organização interna e de gestão de quadros que a lei já lhe confere – o qual, para ser dotado de um mínimo de efectividade, deverá ser acompanhado de alguma possibilidade de controlo do seu cumprimento.

Supomos, assim, que o sistema decorrente das opções constitucionais se aproxima bastante daquele que vigorou em Itália entre 1999 e 2006, no qual o Conselho Superior da Magistratura determinava os critérios gerais para a organização das procuradorias e para a eventual repartição delas em grupos de trabalho (art. 7-ter da lei da organização judiciária) – o que fazia bienalmente⁹⁴ – sendo, no mais, deixada a questão da organização a regulamento a aprovar pelo magistrado que dirigia as procuradorias⁹⁵.

IV. Finalmente, acrescente-se que, quanto às possibilidades de redistribuição dos processos ou de substituição dos magistrados, a Constituição limita-se às

⁹⁴ Os critérios de organização incluíam, desde logo, os procedimentos para aprovação dos critérios de organização da procuradoria pelo Conselho Judiciário, os critérios para a criação de grupos de trabalho especializado e os critérios de distribuição dos processos.

⁹⁵ O Decreto Legislativo nº 106/2006 alterou o quadro legislativo em matéria de organização da procuradoria, num sentido de muito maior hierarquia, o que teve por consequência a revogação do art. 7-ter da Lei da Organização Judiciária. A reacção do Conselho Superior da Magistratura italiano determinou a atenuação do radicalismo das soluções anteriores, determinado pela Lei nº 269 de 24 de Outubro do mesmo ano. E embora isso não tenha provocado a revivescência do referido art. 7-ter, o certo é que o Conselho Superior italiano, invocando o seu poder de garantir o *status* do magistrado publicou indicações de carácter geral para as providências organizativas do procurador, relativamente à sua procuradoria.

exigências que ficaram referidas: pré-determinação dos casos, fundamentação material e proibição de discricionariedade na escolha do magistrado. Pode, no entanto, suceder que a própria lei imponha outras e mais intensas limitações, por exemplo, concentrando no Procurador-Geral da República o poder de substituir magistrados por razões de complexidade processual ou de repercussão social⁹⁶.

⁹⁶ Justificando a solução, cf. CUNHA RODRIGUES, *Lugares do Direito*, pp. 311.