

Breve comentário à deliberação do Conselho Superior do Ministério Público, referente à mobilidade de magistrados.

Índice

I.	Âmbito do Comentário:	2
A.	A Constituição e a mobilidade de magistrados:	4
B.	A mobilidade na Lei de Organização do Sistema Judiciário	7
II.	A deliberação referente à mobilidade aprovada pelo CSMP em 26 de Abril de 2016	7

I. Âmbito do Comentário:

Foi remetido ao Sindicato dos Magistrados do Ministério Público, o texto da Proposta de Deliberação relativa à "mobilidade dos magistrados e gestão processual na nova organização judiciária", aprovada na generalidade.

O documento foi enviado pela PGR, tendo em vista suscitar o debate e proporcionar eventuais contributos.

Na proposta mencionada, o Conselho Superior do Ministério Público, reunido em plenário, deliberou formular as seguintes conclusões:

1. A **substituição** de magistrados do Ministério Público, nas suas faltas e impedimentos, por período não superior a 15 dias, é, competência do Magistrado do Ministério Público Coordenador, do Director do D.C.I.A.P. ou dos Directores dos D.I.A.P.'s distritais, a qual deverá ocorrer sempre, consoante os casos, entre magistrados da mesma comarca ou do mesmo departamento e de acordo com as orientações genéricas preexistentes – artigos 86.º, da L.O.S.J., 63.º, n.º 5, e 65.º, n.º 2, ambos do E.M.P.;

2. Mantêm-se em vigor os **casos especiais de substituição** previstos nos artigos 67.º (representação do Estado nas acções cíveis) e no artigo 68.º (representação nos processos criminais), ambos do Estatuto do Ministério Público, da competência do(a) Procurador(a)-Geral da República ou dos Procuradores-Gerais Distritais, consoante o caso;

3. A **reafecção** de magistrados, da competência do C.S.M.P. sob proposta do Magistrado do Ministério Público Coordenador, consiste na possibilidade de se colocar um magistrado numa secção diferente daquela em que foi inicialmente colocado, entendendo-se por secção diferente toda aquela que se situe em município diverso ou, se no mesmo município, tiver diferente especialização da atribuída pelo movimento de magistrados (salvo nos D.I.A.P., em que se considera secção diferente apenas aquela que se encontre em município diferente), e preferindo sempre a opção que melhor respeite a especialização do magistrado – artigo 101.º, n.º 1, alínea f), da L.O.S.J.;

4. Também da competência deste Conselho Superior é a decisão de determinar que um mesmo magistrado **exerça funções em mais do que uma secção ou serviço da mesma comarca**, devendo entender-se o conceito de secção nos mesmos termos explanados para a figura da reafecção (e também aqui preferindo sempre a opção que

melhor respeite a especialização do magistrado), e o conceito de exercício de funções em mais do que um serviço a situação em que um magistrado assume o serviço de um outro departamento, cumulando-o com o seu – artigo 101.º, n.º 1, alínea h), da L.O.S.J.;

5. A **afectação de processos**, da competência do Magistrado do Ministério Público Coordenador da comarca, consiste numa medida de gestão processual, destinada a corrigir um desequilíbrio na carga processual de dois ou mais magistrados da mesma comarca, atribuindo processos a um ou mais magistrados, que se encontravam até então atribuídos a outro ou outros. Não deverá ser confundida com a reafectação (pois não estamos perante qualquer mobilidade física do magistrado de uma secção para outra) nem com a atribuição do serviço de outro magistrado (exercício de funções em mais de uma secção ou serviço da mesma comarca), implicando sempre o respeito pelo conteúdo funcional delimitado pela deliberação do movimento de magistrados – artigo 101.º, n.º 1, alínea g), da L.O.S.J.;

6. O **destacamento**, da competência do Conselho Superior do Ministério Público mediante proposta apresentada, consoante o caso, por um ou dois Procuradores-Gerais Distritais, necessariamente assente em razões de serviço, pressupõe que o magistrado seja deslocado para uma secção ou serviço situados em comarca diversa daquela em que se encontra colocado, onde ocupará essas funções como auxiliar, e assume natureza temporária (como aliás todas as restantes figuras) – artigo 138.º, n.º 1, do E.M.P.. O destacamento poderá ocorrer não só entre diferentes comarcas, mas também entre uma delas e um tribunal da jurisdição administrativa e fiscal, caso em que deverá ser proposto concertadamente pelo Procurador-Geral Distrital e pelo Magistrado do Ministério Público Coordenador do Tribunal Central Administrativo em causa;

7. O **quadro complementar de magistrados**, instituto de mobilidade destinado a suprir a falta ou impedimento previsivelmente prolongados de magistrado, tem a sua gestão actualmente delegada pelo Conselho Superior do Ministério Público nas Procuradorias-Gerais Distritais, não tendo sofrido alterações recentes – artigo 88.º, da L.O.S.J.;

8. A proposta de reafectação, de exercício de funções em mais do que uma secção ou serviços da comarca ou de destacamento implica necessariamente a prévia auscultação do(s) magistrado(s) implicado(s) na mesma;

9. Em qualquer um dos casos referidos em 8., a medida aplicada terá necessariamente como limite temporal máximo de produção de efeitos o movimento de magistrados subsequente, sem prejuízo de então poder ser renovada pelo C.S.M.P., mediante nova proposta respeitando as mesmas exigências da proposta inicial;

10. A proposta de reafectação ou de exercício de funções em mais do que uma secção ou serviços da comarca, a efectuar pelo Magistrado do Ministério Público Coordenador

da comarca, deverá ser sempre remetida ao C.S.M.P. por via hierárquica, através do respectivo Procurador-Geral Distrital;

11. A afectação de processos deverá ser comunicada pelo Magistrado do Ministério Público Coordenador da comarca ao Procurador-Geral Distrital respectivo;

12. A proposta de destacamento deverá ser apresentada ao C.S.M.P., consoante o caso, pelo respectivo Procurador-Geral Distrital, concertadamente por dois Procuradores-Gerais Distritais ou por um Procurador-Geral Distrital e pelo Magistrado do Ministério Público Coordenador do Tribunal Central Administrativo respectivos;

13. Nos casos de substituição, bem como de afectação de processos (ambos da competência do Magistrado do Ministério Público Coordenador da comarca), em que o magistrado do Ministério Público visado entenda que a decisão tomada não respeita as regras acima referidas, poderá o mesmo recorrer para o C.S.M.P., nos termos do artigo 103.º da L.O.S.J..

A. A Constituição e a mobilidade de magistrados:

Nos termos do artigo 219.º, nº 4 da Constituição da República os magistrados do Ministério Público são inamovíveis e só podem ser transferidos nos casos previstos na Lei.

Como referem os Professores Rui Medeiros e José Lobo Moutinho (o novo mapa judiciário perante o estatuto constitucional do Ministério Público, pág. 43), bem como Gomes Canotilho/Vital Moreira, Cunha Rodrigues, Maia Costa, Paulo Dá Mesquita e o acórdão do Tribunal Constitucional nº 336/95, os magistrados do Ministério Público gozam constitucionalmente de uma inamovibilidade relativa similar à dos juízes.

Os primeiros professores mencionados efectuaram um estudo aprofundado sobre a inamovibilidade dos magistrados do Ministério Público que importa visitar.

De acordo com os mesmos, a inamovibilidade importa uma vertente material de garantia (que os magistrados só podem ser transferidos nos termos da Lei) e uma vertente institucional, cifrada na reserva de competência para a nomeação, colocação e transferência por parte do Conselho Superior do Ministério Público

De forma lapidar concluem "*a elevação constitucional da inamovibilidade a princípio acarreta a exigência, relativamente aos casos de mobilidade, de excepcionalidade, de fundamento material suficiente, de respeito pelo núcleo essencial do princípio, de reserva de lei e de definição com um mínimo de precisão que afaste a indefinição e a infixidez e abra a porta à discricionariedade*".

Nos dias 12 e 13 de Dezembro de 2008, cerca de 400 magistrados do Ministério Público reuniram-se no VIII Congresso do Ministério Público que se realizou no Estoril.

Durante este congresso, houve uma profunda reflexão sobre o conceito de mobilidade de magistrados.

O Professor Rui Medeiros (Livro do VIII Congresso Extraordinário do SMMP, págs. 49 a 52) entendeu que a garantia constitucional da inamovibilidade implica uma colocação estável dos magistrados do Ministério Público no âmbito da comarca e por decisão do Conselho Superior do Ministério Público.

Segundo este professor “para fazer face à falta de densificação da figura da afectação, uma interpretação conforme à constituição exigirá ainda que se revista a situação de afectação da estabilidade necessária para assegurar a autonomia do magistrado: é de exigir, quando menos, a prévia definição, objectiva e genérica, dos critérios de afectação e, bem assim, dos casos em que se pode tornar necessária a reafectação e do modo de determinação dos magistrados a envolver nela.”

O parecer nº 33/82, da Comissão Constitucional teve a oportunidade de se pronunciar sobre a inamovibilidade dos magistrados do Ministério Público, sendo certo que esta questão até foi suscitada pelo Sindicato dos Magistrados do Ministério Público.

Esta Comissão concluiu que a transferência de um magistrado, apenas por razões de conveniência de serviço, fere o núcleo essencial irredutível da inamovibilidade.

Segundo a mesma, é essencial que exista uma fundamentação material bastante para derogar a regra da inamovibilidade, afirmando que se as excepções se tornam regra, corre-se o risco de se desvirtuar o princípio da inamovibilidade constitucionalmente consagrado.

Salienta o referido parecer que «Depois, na área da magistratura, dado o relevantíssimo valor da independência, os meros interesses de gestão cedem o passo a outros e mais altos valores - os quais se consubstanciam, na parte que nos interessa, no dito princípio da inamovibilidade».

Por outro lado a expressão «nos casos previstos na lei» referida no mencionado artigo 219.º nº 4 da C.R.P. corresponde a um princípio de tipicidade ou precisão de casos.

Efetivamente a Comissão Constitucional declara «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 9º nº 3), presumivelmente quis - foi limitar o campo de manobra da legislação ordinária. Como?

Decerto que circunscrevendo a área da mobilidade 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».

Cunha Rodrigues (Em nome do Povo, Coimbra Editora, pág. 114), na esteira de Gomes Canotilho/ Vital Moreira, alerta que as excepções à inamovibilidade ou estabilidade exigem uma justificação adequada.

Como referiu a Comissão Constitucional, a necessidade de serviço não é fundamento suficiente para se poder mover o magistrado do local onde foi colocado inicialmente.

É bom salientar que o legislador constitucional consagrou o princípio da inamovibilidade tendo como base de referência a antiga comarca que correspondia, grosso modo, ao município.

A impossibilidade do magistrado ser transferido do município onde se encontrava colocado era uma garantia de autonomia interna dos magistrados.

A possibilidade de um magistrado ser deslocado dezenas de quilómetros do local onde se encontra inicialmente colocado, por razões de conveniências de serviço, para além de ferir o princípio da inamovibilidade, coloca em causa, também, a autonomia interna dos magistrados.

Para além da mobilidade ser verdadeiramente excepcional, a mesma só poderá ocorrer, quando for perfeitamente discriminada na Lei, sem possibilidade de qualquer discricionariedade.

Também a Recomendação REC (2000) 19, do Comité de Ministros do Conselho da Europa, sobre o papel do Ministério Público no Sistema de Justiça Penal, defende que a mobilidade dos Magistrados do Ministério Público tem de estar estabelecida de acordo com critérios previamente conhecidos, objetivos, justos e imparciais, devendo ainda incorporar garantias contra qualquer procedimento que favoreça o interesse de grupos específicos ou corporativos.

A transposição e aplicação de regimes da mobilidade, próprios da função pública, para o campo das magistraturas, demonstra que existe um movimento sério no sentido da funcionalização daquelas, o que não podemos aceitar.

O Magistrado-funcionário é um dos maiores perigos que a democracia enfrenta.

É sempre bom recordar que todos os regimes autoritários cultivaram este tipo de figura, como forma de impor as suas doutrinas.

A inamovibilidade é a maior garantia de que um magistrado do Ministério Público pode ter para decidir autonomamente, sendo uma condição da sua independência.

Mas, a inamovibilidade não é só uma prerrogativa dos magistrados, é também uma garantia fundamental de toda a sociedade.

Se quem decide tem receio de ser colocado num município distante por desagradar ao seu superior hierárquico, todo o processo de decisão livre fica colocado em causa e está aberto o caminho para as maiores arbitrariedades.

A Lei de Organização do Sistema Judiciário veio consagrar novos paradigmas na área da gestão, da mobilidade e da coordenação hierárquica, mas sem que tivesse sido acompanhada da necessária revisão do Estatuto do Ministério Público ou de uma revisão Constitucional que permitisse novas práticas.

O Provedor de Justiça já suscitou a fiscalização abstracta sucessiva do artigo 94º, nº 4, alínea f) da LOSJ referente à reafectação dos juízes em razão de uma distribuição equitativa do serviço, por serem violados, entre outros, o princípio da inamovibilidade.

Suscitamos desde já que seja pedida a fiscalização sucessiva abstracta das normas relativas à mobilidade (que se referem ao Ministério Público) por quem tem legitimidade para o efeito.

B. A mobilidade na Lei de Organização do Sistema Judiciário:

A mobilidade alargada, bem como um conceito de comarca substancialmente modificado, são duas pedras de toque da nova organização judiciária.

As dimensões das comarcas passaram de uma base municipal para distrital, o que significa que algumas secções distam dezenas de quilómetros umas das outras.

A Lei de Organização do Sistema Judiciário estabeleceu diversas formas de mobilidade que são extremamente preocupantes, face à dimensão das comarcas actuais.

Tal como referimos anteriormente, entendemos que algumas das formas de mobilidade previstas na LOSJ são inconstitucionais.

No entanto, como as normas se encontram em vigor teremos de nos debruçar sobre elas.

A reafecção de processos, o exercício de funções em mais do que uma secção ou serviço e o destacamento levantam problemas muito delicados que importa analisar.

O destacamento, por razões de conveniência de serviço, pressupõe que o magistrado seja deslocado para uma secção ou serviço situados em comarca diversa daquela em que se encontra colocado, onde ocupará essas funções como auxiliar - 138º, nº1 do EMP.

Neste caso, a violação do princípio constitucional da inamovibilidade é gritante.

Um Magistrado do Ministério Público pode encontrar-se colocado na comarca de Braga, mas, se houver conveniência de serviço, poderá ser deslocado para os Açores ou para a Madeira.

A **reafecção** de magistrados, consiste na possibilidade de se colocar um magistrado numa secção diferente daquela em que foi inicialmente colocado, entendendo-se por secção diferente toda aquela que se situe em município diverso ou, se no mesmo município, tiver diferente especialização da atribuída pelo movimento de magistrados (101º, nº1, alínea f) da LOSJ).

Esta possibilidade também afronta o princípio constitucional da inamovibilidade porquanto permite a colocação em município diferente daquele em que o Magistrado foi inicialmente colocado, o que, face à dimensão das comarcas, coloca em causa a estabilidade dos magistrados e mesmo a sua autonomia interna.

O exercício de funções em mais do que uma secção ou serviços da mesma comarca também comporta o risco de indeterminação do lugar onde se exerce funções.

II. A deliberação referente à mobilidade aprovada pelo CSMP em 26 de Abril de 2016

A deliberação referente à mobilidade ocorreu em momento próximo do movimento de magistrados.

Tememos que o recurso a soluções de mobilidade surja como tentativa de resolução do gravíssimo problema de falta de quadros que afecta o Ministério Público.

Como referimos anteriormente, o exercício das funções de magistrado tem certas características que não podem ser adulteradas.

Por um lado, a criação de um regime em que um magistrado é tratado como uma peça de uma engrenagem, fungível, e que pode ser mudado de um lado para o outro, de acordo com as conveniências de serviço, levará a uma funcionalização da nossa magistratura.

Por outro lado, este tipo de actuação permitirá mascarar, por mais tempo, a situação de falta de magistrados e contribuirá para que tal carência se agrave cada vez mais.

Nos termos constitucionais, a mobilidade dos magistrados é verdadeiramente excepcional, contudo está a tornar-se numa regra e método de gestão corrente.

A deliberação do CSMP, no que concerne à reafecção de magistrados e exercício de funções em mais de um serviço ou comarca, assenta no disposto no art.101 n.º1 Alíneas f) e h) da LOSJ, que, nos casos de reafecção e nos casos de exercício de funções em mais de uma secção ou serviço da mesma comarca, exige o respeito pelo princípio da especialização (art.9 n.º3 do CC), o que não acontece nos casos da alínea g) quanto à afectação de processos.

Parece clara a intenção do legislador quando utiliza a expressão "respeitado o princípio da especialização dos magistrados" apenas nos casos das alíneas f) e h) do art.101n.º1 e não no caso da alínea g).

A expressão constante da deliberação do CSMP "preferindo sempre a opção que melhor respeite a especialização do magistrado" é substancialmente diferente daquela que se encontra consagrada na LOSJ.

Na LOSJ o princípio da especialidade tem, obrigatoriamente, de ser sempre respeitado. Na deliberação do CSMP é uma questão de preferência.

Enquanto a LOSJ somente permite o exercício de funções dentro da mesma área especializada, o CSMP tem um conceito muito mais amplo, o qual coloca em causa a especialização, verdadeira trave mestra da reforma.

Nunca é demais salientar que toda a reforma assenta na especialização e, apesar disso, verificamos que, de ano para ano, existem sérios recuos no Ministério Público nessa matéria.

Aliás, noutro ponto da proposta chega a admitir-se o destacamento de magistrados entre a jurisdição administrativa e a jurisdição comum.

A jurisdição Administrativa e fiscal carece de uma profunda especialização para o exercício de funções, pelo que admitir-se o destacamento de magistrados daquela jurisdição para funções nos tribunais comuns desincentiva a formação e o trabalho específico na área, comprometendo a desejável especialização.

Parece também que o conceito de "secção" que consta da proposta não é o legalmente estabelecido.

Resulta do artigo 81º da LOSJ que as secções constituem um desdobramento das instâncias centrais e locais.

As secções legalmente estabelecidas pela LOSJ são as mencionadas no artigo 81º e não outras.

O legislador no que diz respeito à organização do MP não fala em secções mas sim em serviços do MP (veja-se art.99, 101º nº1 alíneas a,b,c,i,k,l,m,o,r 104º nº 2, todos da LOSJ e Mapa V anexo ao DL 49/2014 de 27/3).

Para a LOSJ os tribunais desdobram-se em secções e o MP em serviços.

Assim é clara a distinção entre a alínea f) e a h) do nº1 do art.101º da LOSJ.

Na al. f) usa-se a expressão "a outra secção" e na h) a expressão " de uma secção ou serviços".

Assim, no caso da alínea f) a reafecção só é possível para magistrado do MP que exerça funções numa das secções referidas no artigo 81º, para colocação numa outra secção da mesma comarca referida no mesmo artigo 81º.

Este artigo 81º exclui a colocação de um magistrado num dos serviços do MP dessa comarca (porque serviço não corresponde ao conceito legal de secção).

Já no caso da alínea h) tal não se passa assim, uma vez que a expressão utilizada é "secção ou serviços".

O CSMP ampliou o conceito de secção previsto na LOSJ, o que permite uma maior possibilidade de reafecções e, conseqüentemente, maior mobilidade de magistrados.

Não concordamos com a interpretação extensiva do conceito de secção efectuada pelo CSMP, porquanto se tivermos em conta o elemento gramatical, sistemático e teleológico estes apontam no sentido oposto.

Num sistema que foi concebido com base na especialização, é lógico que as reafecções se efectuem dentro da mesma área, pois, caso contrário, a especialização é rapidamente frustrada com o exercício de funções noutras áreas.

Se alguém exerce funções na área da família e menores e pode passar facilmente a trabalhar noutra área, o tempo, a formação e o saber adquiridos nessa área serão desaproveitados.

Pela positiva, saudamos a consagração na deliberação do CSMP da limitação temporal de algumas medidas de mobilidade e o facto de se proceder previamente à audição do magistrado que poderá ser afectado pela medida.

As medidas de mobilidade devem ser necessariamente temporárias e excepcionais e não movimentos de magistrados de segunda linha.

A audição do interessado é um princípio básico da democracia que deve ser exercido internamente, tanto mais que pode ser extremamente útil na tomada de decisão.

Para finalizar, a mobilidade dos Magistrados do MP tem de estar estabelecida de acordo com critérios previamente conhecidos, objectivos, justos e imparciais, devendo ainda fornecer garantias contra todo o procedimento que favoreça qualquer interesse que não seja as necessidades de serviço.

Os magistrados que são reafectados, destacados ou passam a acumular funções têm de saber qual o critério que presidiu àquela escolha.

Se existem 10 magistrados em condições de ser reafectados qual a razão por que o Procurador Coordenador propôs a reafecção do magistrado A e não do B.

Os critérios têm de ser objectivos e fixados pelo CSMP (já que não estão definidos na Lei) para se aplicarem de forma uniforme em todo o território nacional.

É necessário ter uma especial atenção a este ponto, uma vez que se houver uma certa discricionariedade nas propostas de reafecção estas poderão consubstanciar punições encapotadas.

Convém salientar que a pena de transferência é uma pena de natureza disciplinar e que até há pouco tempo implicava a transferência de uma comarca para outra, ou seja, basicamente de um município para o outro.

Face ao tamanho das actuais comarcas, certas reafecções poderão assemelhar-se a penas disciplinares, pelo que há que regular prévia e rigorosamente tais reafecções.

As decisões concretas sobre a mobilidade devem ser devidamente fundamentadas em necessidades justificadas de serviço e não simplesmente em decisões arbitrárias.

Neste sentido veja-se a Recomendação Rec (2000) -19 adoptada pelo C.M. do Conselho da Europa.

É necessário que existam critérios pré-definidos para a selecção do magistrado a mover, mas também é necessário que a proposta e a decisão sejam devidamente fundamentadas.

A fundamentação é um elemento essencial num Estado Democrático.

A existência de critérios previamente estabelecidos e a fundamentação da decisão permitirão uma aceitação pacífica desta por parte dos visados.

Se tudo for claro e objectivo, ninguém poderá afirmar que foi discriminado ou prejudicado, nem existirá a tentação de se recorrer a este mecanismo para punir alguns magistrados mais incómodos.

Assim, entendemos que o CSMP deverá estabelecer, desde já, tais critérios na deliberação a tomar.

Por último, a única forma de se evitarem as situações de mobilidade passa por um reforço significativo de quadros de magistrados do Ministério Público, designadamente com a abertura de um curso de formação extraordinário de magistrados do Ministério Público, pelo que instamos o CSMP e a Senhora Procuradora-Geral da República a tomarem uma posição firme, inequívoca e persistente quanto a esta matéria.

Lisboa, 10 de Maio de 2016

A Direcção do SMMP