

A (IM)POSSIBILIDADE DE O MINISTÉRIO PÚBLICO PREMIAR A DELAÇÃO, A OBRIGATORIEDADE DA AÇÃO PENAL E O PRINCÍPIO DA RESERVA DE JUIZ

THE (IM) POSSIBILITY OF THE PUBLIC MINISTRY TO AWARD THE DELAY, THE PURPOSE OF THE PENALTY AND THE PRINCIPLE OF THE JUDGE RESERVE

Cláudia Cruz Santos¹

RESUMO: Discute a atuação do Ministério Público e do Juiz diante da investigação de promoção processual penal. Considerando-se o sentido constitucional e legal da atuação do Ministério Público em estruturas acusatórias, integradas pelo princípio da legalidade da promoção processual penal e obrigatoriedade da ação penal: princípio da investigação próprias do sistema europeu continental. Ressalta o princípio da reserva do Juiz, e reflete sobre os poderes do Ministério Público nesse tipo de processo, em contraposição àqueles de competências exclusivas de um juiz.

PALAVRAS-CHAVE: Obrigatoriedade da ação penal. Princípio da reserva do juiz. Ministério Público. Promoção Processual Penal.

ABSTRACT: It discusses the actions of the Public Prosecutor's Office and the Judge before the investigation of criminal procedural promotion. Considering the constitutional and legal sense of the prosecution of prosecutorial structures, integrated by the principle of legality of criminal procedural promotion and compulsory prosecution: principle of investigation proper to the continental European system. It underscores the principle of the Judge's reservation, and reflects on the powers of the Public Prosecutor's Office in this type of proceedings, as opposed to those of a judge's exclusive powers.

KEYWORDS: Compulsory prosecution. Principle of the reservation of the judge. Public ministry. Related searches.

¹ Professora Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

Quer em Portugal quer no Brasil o debate sobre a possibilidade de o Ministério Público premiar a colaboração (entendida como contributo útil para o sucesso da investigação e do consequente exercício da pretensão punitiva do Estado) de alguns arguidos, em momento anterior ao do julgamento penal, vem ganhando dimensão impulsionado sobretudo por processos mediáticos atinentes a crimes de corrupção, que envolvem vários arguidos subsumíveis na categoria criminológica dos *white-collars*. Uma das questões centrais prende-se com a possibilidade (ou não) de o Ministério Público *escolher* não exercer a ação penal contra algum ou alguns agentes que denunciaram e/ou ajudaram a produzir prova contra outros participantes cuja punição o Ministério Público considera mais necessária.²

Um dos argumentos mais fortes *contra* tal possibilidade se relaciona com o sentido constitucional e legal da atuação do Ministério Público em estruturas acusatórias integradas por um princípio da investigação próprias do sistema europeu continental (e contrapostas ao dito modelo anglo-saxónico) que assentam numa matriz de legalidade ou de obrigatoriedade da ação penal, excluindo juízos de oportunidade a não ser no âmbito da criminalidade menos grave onde se admitem soluções de diversão processual. O que equivale a dizer que, em Portugal ou no Brasil, este Ministério Público vinculado por uma exigência de legalidade na promoção processual, não pode decidir sozinho que agentes de crimes graves quer que sejam submetidos a julgamento com vista à sua punição e que agentes de crimes graves não carecem de punição.

A opção pelo princípio da legalidade da promoção processual penal (o que equivale a afirmar a obrigatoriedade da ação penal, ficando o MP impedido de escolher quem vai ou não ser julgado) resulta de forma inequívoca da Constituição da República Portuguesa,³ mas também do Código de Processo Penal⁴ e do Estatuto dos Magistrados do Ministério Público.⁵

² Subsistem, porém, diferenças de regime jurídico, na medida em que inexistente em Portugal norma semelhante à plasmada no artigo 4.º da Lei n.º 12.850/13, de 2 de agosto de 2013, mormente no que respeita à possibilidade, verificados certos requisitos, de o Ministério Público não oferecer denúncia contra um arguido que tenha colaborado, nomeadamente através da delação.

³ A Constituição da República Portuguesa não podia ser mais clara na previsão, na parte final do n.º 1 do seu artigo 219, de que “ao Ministério Público compete [...] exercer a acção penal orientada pelo princípio da legalidade”.

⁴ Nos termos do artigo 53, n.º 1 do CPP, “competem ao Ministério Público, no processo penal, colaborar com o tribunal na descoberta da verdade e na realização do direito, obedecendo em todas as intervenções processuais a critérios de estrita objectividade”. No artigo 283, sob a epígrafe “Acusação pelo Ministério Público”, dispõe-se que “se durante o inquérito tiverem sido recolhidos indícios suficientes de se ter verificado crime e de quem foi o seu agente, o Ministério Público, no prazo de dez dias, deduz acusação contra aquele”.

⁵ O Estatuto do Ministério Público, no seu artigo 2.º, dispõe que “1. O Ministério Público goza

Todavia, uma outra razão de peso para se enjeitar tal possibilidade relaciona-se necessariamente com a compreensão daqueles que são os poderes do Ministério Público no processo penal, por contraposição àquelas que são as competências exclusivas de um juiz. O que nos remete, necessariamente, para uma reflexão sobre o sentido da *reserva de juiz*.

A Constituição da República Portuguesa prescreve, no n.º 1 do seu artigo 202, que “os tribunais são órgãos de soberania com competência para administrar a justiça em nome do povo”. E acrescenta, no n.º 2 do mesmo artigo, que “na administração da justiça incumbe aos tribunais assegurar a defesa dos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos, reprimir a violação da legalidade democrática e dirimir os conflitos de interesses públicos e privados”.

Um qualquer relancear de olhos para a prescrição constitucional faz sobressair a contradição entre o seu conteúdo e a possibilidade de, por decisão do ministério público, em hipóteses de comparticipação serem *escolhidos* os arguidos que vão ser julgados e que por isso podem ser condenados a uma pena e aqueles outros que ficam imunes a tal intervenção punitiva porque colaboraram no sentido da responsabilização dos restantes, apesar da existência de indícios da sua própria responsabilidade.⁶

O Código de Processo Penal confirma em variadas disposições a existência de atribuições exclusivas do juiz, nomeadamente no artigo 8.º (“os tribunais judiciais são os órgãos competentes para decidir as causas penais e aplicar penas e medidas de segurança criminais”), no artigo 268 (“durante o inquérito compete exclusivamente ao juiz de instrução [...]”) ou no artigo 269 (“durante o inquérito compete exclusivamente ao juiz de instrução ordenar ou autorizar [...]).

de autonomia em relação aos demais órgãos do poder central, regional e local, nos termos da presente lei. 2. A autonomia do Ministério Público caracteriza-se pela sua vinculação a critérios de legalidade e objectividade e pela exclusiva sujeição dos magistrados do Ministério Público às directivas, ordens e instruções previstas nesta lei”.

⁶ J. J. Gomes Canotilho e Nuno Brandão referem-se, a propósito dos acordos de delação premiada, ao “notório sacrifício do **princípio da obrigatoriedade da promoção processual**, dado que por esta via é posto um travão absolutamente genérico e imponderado à perseguição de crimes do colaborador entretanto apurados, por mais graves e socialmente prejudiciais que sejam”. Os Autores acentuam “a transcendência do princípio da obrigatoriedade da promoção processual, que constitui verdadeiramente uma das amarras do processo penal à ideia de Estado de Direito material, como corresponsivo do princípio do monopólio estadual da justiça penal e da proibição genérica da acção penal privada e como expressão processual do dever estadual de protecção de bens jurídicos com referente constitucional” (*Revista de Legislação e de Jurisprudência*, n.º 4000, p. 34).

A interrogação da qual se tem relaciona-se, assim, com o sentido da intervenção do juiz, num tempo em que o seu papel enquanto protagonista da justiça parece estar em crise, mas em que, paradoxalmente, se procura a sua revalorização através da ideia do juiz que é a garantia das liberdades.⁷

O princípio da reserva de juiz surge tradicionalmente associado à justiça como função do poder estadual, sendo que “o direito de fazer justiça” consiste “em dirigir o processo e o julgamento e fazer cumprir a sentença”.⁸ Em um direito processual penal estruturado a partir de uma ideia de máxima acusatoriedade, a compreensão do papel do juiz não pode, porém, prescindir de uma delimitação das suas funções face àquelas que são as funções atribuídas ao Ministério Público.⁹ Ora, nesta matéria, da exigência de uma separação estrita entre quem investiga e acusa, por um lado, e quem julga, por outro, decorre a atribuição ao juiz, cada vez com maior intensidade, de um papel de garante dos direitos fundamentais das pessoas confrontadas com o exercício do *ius puniendi* estadual.¹⁰

⁷ Sobre a questão, vd. a afirmação de Anabela Miranda Rodrigues de que “a história do processo penal é, numa grande medida, a história da redistribuição dos poderes do juiz, que inicialmente monopolizava a tramitação processual. Nem se pense que a crise por que passa o juiz contemporâneo lhe retira o papel de protagonista da realização da justiça: uma sociedade mais preocupada com os “resultados da acção” do que com a “invocação da lei”, altamente complexa e fragmentária, de normas crescentemente indeterminadas e em que o sistema jurídico sofre um processo de “integração” confere-lhe um papel central na decisão do processo”. A Autora refere, de seguida, a “revalorização da sua função jurisdicional ao longo de todo o processo (e não apenas na fase de julgamento), como condição indispensável da garantia dos direitos fundamentais do arguido” Cf.: As relações entre o Ministério Público e o Juiz de Instrução Criminal ou a matriz de um processo criminal europeu, **Que Futuro para o Direito Processual Penal?** MONTE, Mário et al. (Coords.). Coimbra: Coimbra, 2009, pp. 717-8.

⁸ RODRIGUES, Anabela Miranda. A jurisprudência constitucional portuguesa e a reserva do juiz nas fases anteriores ao julgamento ou a matriz basicamente acusatória do processo penal, **Vinte e Cinco Anos de Jurisprudência Constitucional Portuguesa**, Coimbra: s.n., 2009, p. 49.

⁹ Dispõe-se no n.º 5 do artigo 32 da CRP que “o processo criminal tem estrutura acusatória, estando a audiência de julgamento e os atos instrutórios que a lei determinar subordinados ao princípio do contraditório”. Sobre “a estrutura acusatória que o processo penal assume por imperativo constitucional” e a “divisão de funções processuais entre o juiz ou o tribunal, de um lado, e o ministério público, do outro”, cf.: DIAS, Jorge de Figueiredo, Sobre os sujeitos processuais no novo Código de Processo Penal, **Jornadas de Direito Processual Penal – O Novo Código de Processo Penal**, Coimbra: Almedina, 1992, p. 22 ss.

¹⁰ Segundo Anabela Miranda Rodrigues (op. cit., p. 49), “identifica-se inequivocamente um ‘núcleo transnacional’ na função do juiz, de garante das liberdades, presente em todas as fases do processo, mas que sobressai nas fases que antecedem o julgamento – e na fase de investigação que é o inquérito –, já que aqui são susceptíveis de se verificar os ataques mais graves às liberdades das pessoas. O juiz, dotado de independência e imparcialidade que a Constituição e o seu estatuto lhe conferem, é o único sujeito processual que pode, por isso, assumir plenamente o papel de garante dos direitos, liberdades e garantias dos cidadãos”.

Esta é, segundo se crê, a ideia que deve iluminar toda a reflexão sobre o sentido do princípio da reserva de juiz e que, se não pode bastar enquanto “ponto de chegada”, deve assumir-se como “ponto de partida”. Cabendo ao juiz esse papel que garante os direitos fundamentais do cidadão, decorre daí que no exercício do *ius puniendi* (na aferição da responsabilidade e na determinação da consequência jurídica) tem de impender sobre ele a ponderação do ponto a partir do qual existe uma agressão indevida daqueles direitos, visto que será considerada vedada.¹¹

Não pode, porém, desconsiderar-se a circunstância de que a atenuação das exigências do princípio da reserva de juiz *em espaços da própria resposta punitiva estadual considerados menos desvaliosos para o cidadão* vem se tornando cada vez mais visível, mesmo no direito processual penal português. Considerem-se, *a título de exemplo*, as soluções previstas nos n.º 3 e 4 do artigo 16 do CPP;¹² no artigo 281 do CPP¹³ e nos artigos 392 e 394 do CPP,¹⁴ a partir do denominador comum de um certo “encurtamento” do espaço de

¹¹ Com algum ceticismo quanto ao modo como o juiz tem cumprido a sua função de limitar a aplicação de métodos ocultos de investigação mas sem renunciar, por isso, à exigência da reserva de juiz, veja-se a afirmação de Manuel da Costa Andrade de que, apesar de todas essas medidas deverem estar sujeitas à reserva de juiz e de durante muito tempo se ter acreditado que “o juiz poderia figurar como barreira eficaz contra o recurso exagerado às medidas”, parece não ter sido isso que sucedeu. Tratar-se-á, antes, de “uma expectativa que, como de todos os lados hoje se reconhece, os factos acabaram por frustrar em toda a linha. Sem poupar nas palavras, hoje é corrente falar-se de ‘capitulação dos tribunais’” [Métodos ocultos de investigação (*plädoyer* para uma teoria geral), MONTE, Mário et al. (Coords.). **Que Futuro para o Direito Processual Penal?** Coimbra: Coimbra, 2009, p. 547].

¹² O n.º 3 do artigo 16 do CPP dispõe que “competê ainda ao tribunal singular julgar os processos por crimes previstos na alínea b) do n.º 2 do artigo 14, mesmo em caso de concurso de infrações, quando o Ministério Público, na acusação, ou, em requerimento, quando seja superveniente o conhecimento do concurso, entender que não deve ser aplicada, em concreto, pena de prisão superior a cinco anos”. E acrescenta-se no n.º 4 do mesmo artigo que “no caso previsto no número anterior, o tribunal não pode aplicar pena de prisão superior a cinco anos”.

¹³ Segundo o n.º 1 do artigo 281 do CPP, “se o crime for punível com pena de prisão não superior a cinco anos ou com sanção diferente da prisão, o Ministério Público, oficiosamente ou a requerimento do arguido ou do assistente, determina, com a concordância do juiz de instrução, a suspensão do processo, mediante a imposição ao arguido de injunções e regras de conduta [...]”.

¹⁴ Nos termos do n.º 1 do artigo 392 do CPP, “em caso de crime punível com pena de prisão não superior a cinco anos ou só com pena de multa, o Ministério Público, por iniciativa do arguido ou depois de o ter ouvido e quando entender que ao caso deve ser concretamente aplicada pena ou medida de segurança não privativas da liberdade, requer ao tribunal que a aplicação tenha lugar em processo sumaríssimo”. Com mais interesse para o ponto em análise, acrescenta-se no n.º 2 do artigo 394 que “o requerimento termina com a indicação precisa pelo Ministério Público: a) das sanções concretamente propostas; b) da quantia exacta a atribuir a título de reparação, nos termos do disposto no artigo 82-A, quando este deva ser aplicado”.

intervenção do juiz à custa de uma relativa expansão do campo de atuação do Ministério Público.

Todavia, aquilo que se tem de evidenciar é que todas estas hipóteses de alargamento dos poderes do Ministério Público em detrimento dos poderes de um juiz *só são cabidas em contextos que se pretendem não conducentes a uma agravação da posição do arguido e antes a um seu tendencial favorecimento.* Na primeira hipótese, que parece contemplar uma regra especial de partilha de competências entre os tribunais de primeira instância, a atuação do Ministério Público condiciona a competência do tribunal singular para o julgamento e, também, um encurtamento da moldura penal dentro da qual esse tribunal deverá determinar a medida concreta da pena. Na segunda hipótese, o Ministério Público, em circunstâncias em que a acusação seria possível à luz de uma avaliação probatória e jurídico subsuntiva, ao propor a suspensão provisória do processo, condiciona a não ocorrência de uma audiência de julgamento que, de outro modo, teria lugar. E, porventura com mais relevo, ao propor determinadas injunções ou regras de conduta, condiciona a solução a dar ao conflito, que deixa de ser inteiramente “construída” por um juiz. Na terceira hipótese, decidindo o Ministério Público que o processo deve seguir a forma sumaríssima, o seu requerimento deve conter já a indicação da sanção concreta proposta. Assim, se naquele primeiro caso o ministério público apenas condiciona, limitando-a na sua margem superior, a tarefa judicial de determinação da medida concreta da pena, neste é o próprio Ministério Público que assume essa função, ainda que a solução definitiva não tenha de ser a constante do seu requerimento, porque a proposta inerente àquele requerimento só se tornará vinculativa se merecer a concordância de um juiz e se o arguido não manifestar, quanto a ela, oposição.

Talvez não seja irrazoável afirmar-se que existe, nestas três hipóteses, uma *gradação crescente* na assunção pelo Ministério Público de competências que seriam, numa visão mais tradicional e porventura já não coerente com aquela ideia da máxima acusatoriedade, atribuídas ao juiz. Assim, se nos termos do regime previsto no artigo 16, n.º 3 do CPP da atuação do Ministério Público só resulta uma limitação do máximo da sanção penal que ainda caberá ao juiz determinar concretamente; já nas hipóteses da suspensão provisória do processo e do processo sumaríssimo poderá resultar da atuação do Ministério Público a inexistência de julgamento e uma modelação da solução para o conflito que lhe cabe, ainda que se não dispense a concordância de um juiz. Apesar disso, existe entre estas duas últimas hipóteses uma diferença que

se não julga insignificante: enquanto na suspensão provisória do processo durante a fase de inquérito o Ministério Público modela uma solução para o conflito que não pode considerar-se uma verdadeira sanção criminal; já no caso do processo sumaríssimo, é da determinação de uma verdadeira sanção criminal que o Ministério Público se ocupa, indicando no seu requerimento, nos termos previstos no artigo 394, n.º 2, alínea a) do CPP, as “sanções concretamente propostas”.

O Tribunal Constitucional português tem sido chamado a pronunciar-se sobre algumas destas soluções introduzidas pelo Código de Processo Penal de 1987 – nomeadamente a suspensão provisória do processo –, sendo que através dessas decisões se podem descortinar alguns vectores relevantes para a densificação do princípio da reserva de juiz. Tendo o conteúdo da reserva de juiz nas fases anteriores ao julgamento sido já objeto, nomeadamente, da reflexão de Anabela Miranda Rodrigues,¹⁵ e também por referência a várias decisões do Tribunal Constitucional, considerar-se-ão aqui apenas *algumas* das ideias que se julgam centrais em *algumas* dessas decisões.

No que respeita aos problemas suscitados pelo n.º 3 do artigo 16 do CPP, o Tribunal Constitucional tem afirmado que não o considera violador dos princípios da reserva da função jurisdicional e da independência dos tribunais. Considere-se, a título de exemplo, o referido no Acórdão n.º 393/89 daquele Tribunal: “nenhum destes princípios é violado pelo artigo 16, n.º 3 do Código de Processo Penal, pois quem julga é o juiz, e não o Ministério Público. É aquele, e não este, quem fixa a medida concreta da pena, movendo-se para tanto dentro da moldura abstrata fixada na lei [...]. O Ministério Público *condiciona*, assim, a fixação da pena do caso: como porta-voz que é do poder punitivo do Estado, diz ao juiz que, face às circunstâncias do caso e tendo presentes os critérios legais de aplicação concreta das penas, a coletividade que ele representa não pretende que ao réu se aplique por aquele caso pena superior a três anos.¹⁶ E di-lo no exercício de um poder expressamente definido na lei. Ora, isto não viola qualquer dos apontados princípios constitucionais”.¹⁷

¹⁵ RODRIGUES, Anabela Miranda, op. cit., p. 51 ss.

¹⁶ Nos termos da atual redação do n.º 3 do artigo 16 do CPP, o limite passou a ser de cinco anos.

¹⁷ Na doutrina, a questão foi há muito tratada por Jorge de Figueiredo Dias, que tomou posição clara quanto à coerência do “método de determinação concreta da competência” previsto no artigo 16, n.º 3 do CPP com o monopólio pelo juiz da função jurisdicional: “o princípio da **reserva da função jurisdicional** permanece intocado: é o juiz singular que julga, como é ele que determina concretamente a sanção dentro dos limites abstratos em que a lei lhe permite que mova a sua discricionariedade vinculada” (Sobre os sujeitos

Uma decisão do Tribunal Constitucional que não pode deixar de merecer referência a propósito da reserva de juiz é a do Acórdão n.º 67/2006, que logo delimita o seu objeto pela afirmação de que “o que cumpre ao tribunal averiguar, no presente recurso de fiscalização concreta da constitucionalidade, é se dos termos em que o n.º 1 do artigo 281 do Código de Processo Penal consagra a intervenção do juiz de instrução criminal resulta a violação de normas ou princípios constitucionais, designadamente dos que se inscrevem nos artigos 202 (*reserva da função jurisdicional*) e 203 (*independência dos tribunais*) da Constituição”.

Ora, segundo o entendimento do Tribunal vertido naquele Acórdão e no que respeita a este segundo princípio, “não belisca a independência funcional do juiz de instrução a circunstância de o Ministério Público submeter a concordância judicial uma decisão sua, que obteve já a aceitação dos restantes sujeitos processuais e que consiste em renunciar à submissão imediata do caso a julgamento, sempre que as exigências de prevenção geral e especial não requeiram a efetiva aplicação e cumprimento de uma pena. Os termos em que o juiz decidirá se deve ou não dar a sua concordância não dependem senão do que, em sua consciência, decorra da situação de fato revelada pelo processo e dos comandos legais”.

Com mais interesse sob a perspectiva do princípio da reserva de juiz que neste ponto do estudo se pondera, o Tribunal também considera inexistente uma sua qualquer violação por força do regime consagrado no artigo 281 do

processuais no novo Código de Processo Penal, cf.: **Jornadas de Direito Processual Penal – O Novo Código de Processo Penal**, Coimbra: Almedina, 1992, p. 20). Naquele Acórdão n.º 393/89 do Tribunal Constitucional, dá-se ainda conta da forma como a lei vigente não consagrou a solução, constante do projeto e da proposta de lei, de exigência de não oposição do arguido nem do assistente para se fazer julgar por tribunal singular crime que seria da competência do tribunal coletivo. Para além disso, também se não manteve a possibilidade de o tribunal singular ordenar a remessa do processo para o tribunal coletivo caso entendesse que a pena aplicada devia ser superior ao limite condicionante da sua competência. Pelo contrário, na versão definitiva, o tribunal singular ficou vinculado pelo entendimento do Ministério Público quanto à desnecessidade de se ultrapassar aquele limite de pena. No Acórdão, não deixam, porém, de se referir razões “em favor da solução adotada”. Afirma-se, a esse propósito, que “essas razões têm a ver, por um lado, com a necessidade de maior eficácia da justiça penal: pretendeu-se evitar que o assistente, por simples vingança pessoal, por exemplo, se oponha à intervenção do tribunal singular como forma de retardar o julgamento do arguido; e quis também contornar-se a tendência que alguns juízes poderiam manifestar de remeter, por sistema, os processos para o tribunal coletivo. Essas soluções têm, por outro lado, a ver com a necessidade de adotar soluções quiçá mais conformes com a pureza dos princípios: se o Ministério Público é o único titular da ação penal, então é ele – e só ele – quem há de fixar o objeto do processo e deduzir a pretensão punitiva”.

CPP, conclusão a que chega a partir de uma interrogação sobre se ao Ministério Público se atribui poder para qualquer “ato materialmente jurisdicional”. Nos termos do Acórdão, “ao decidir-se, nesta fase, pela suspensão provisória do processo, o Ministério Público opta por não exercer imediatamente a ação penal. Esse ato, em si mesmo, não colide mais nem menos com o monopólio da função jurisdicional pelos juízes do que o seu reverso: a dedução imediata da acusação”.

A razão que parece assumir importância decisiva para este entendimento do Tribunal – e que se quer sublinhar a traço grosso na medida em que se torna relevante na apreciação de uma hipótese, como sucede com a mediação penal, em que o arguido assume deveres ou regras de conduta em consequência de um acordo que firmou e não de uma decisão judicial – prende-se, porém, com a ideia de que “as injunções e regras de conduta não revestem a natureza jurídica de penas, embora se consubstanciem em medidas que são seus ‘equivalentes funcionais’”. Sobretudo por esta razão, considera-se que “o ato processual em causa – a decisão primária de suspensão e escolha das injunções e regras de conduta – também não cabe em qualquer das hipóteses singulares de reserva de ato jurisdicional ou ‘casos constitucionais de reserva judicial’ [...] no domínio do processo penal [...]”.

Na argumentação adotada neste Acórdão n.º 67/2006 do Tribunal Constitucional encontra-se, porém, ainda um outro segmento argumentativo que se julga muito relevante na compreensão do sentido do princípio da reserva de juiz quando esteja em causa o dirimir de um conflito criminal. Para chegar à conclusão de que os deveres assumidos pelo arguido, quando aceita a suspensão provisória do processo, não têm a natureza de verdadeiras penas, o Tribunal aduz razões que considera “fundamentais”:

trata-se de uma sanção a que não está ligada a censura ético-jurídica da pena, nem a correspondente comprovação da culpa. Ao arguido cabe decidir, na sua estratégia de defesa, se aceita submeter-se a tais injunções e regras de conduta ou se prefere que o processo prossiga para julgamento.

Ora, daqui parece resultar uma certa associação do núcleo daquele princípio da reserva de juiz à formulação de um juízo de responsabilidade jurídico-penal do agente que sustenta a necessidade de uma sanção criminal, assim como à determinação dessa sanção criminal.

No mesmo ano de 2006, o Tribunal Constitucional voltou a ser confrontado com um processo desencadeado por recurso de uma decisão do juiz de instrução

que considerou inconstitucional, por violação do princípio da reserva de juiz, uma interpretação do artigo 281 do CPP nos termos da qual se admita que cabe ao Ministério Público a determinação das injunções e regras de conduta. No caso, tendo o Ministério Público determinado a suspensão provisória do processo mediante a imposição de determinada injunção, quando os autos foram conclusos ao juiz de instrução este discordou daquela suspensão, sobretudo com a argumentação de que “o Ministério Público não tem competência jurisdicional para decidir e impor injunções e regras de conduta ao arguido”, o que implicaria uma inconstitucionalidade. A questão deu origem a recurso, que foi considerado pelo Tribunal Constitucional através do seu Acórdão n.º 116/2006.

No Acórdão, pode ler-se que “não há que recuar na questão de constitucionalidade ao ponto de reabrir o debate sobre se a intervenção do juiz é (continua a ser) constitucionalmente exigida para a suspensão provisória do processo, na fase de inquérito, mediante a imposição ao arguido de injunções ou regras de conduta”. O que se pondera é, antes, se “dos termos em que o n.º 1 do artigo 281 do Código de Processo Penal consagra a intervenção do juiz de instrução criminal resulta a violação de normas ou princípios constitucionais, designadamente dos que se inscrevem nos artigos 202 (*reserva de função jurisdicional*) e 203 (*independência dos tribunais*) da Constituição”.

Veja-se entendimento acolhido neste Acórdão do Tribunal Constitucional:

o fato de o juiz de instrução estar condicionado pela decisão do Ministério Público, nomeadamente quanto à seleção das injunções e regras de conduta e à determinação do período de suspensão do processo, mais precisamente, de o seu leque de opções decisórias estar limitado à concordância ou discordância com a anterior aplicação do direito ao caso feita pelo Ministério Público e pela aceitação dos demais sujeitos processuais, não contende com o princípio constitucional da independência dos tribunais.

Entre os argumentos que sustentam esta afirmação está o de que “os termos em que o juiz decidirá se deve ou não dar a sua concordância não dependem senão do que, em sua consciência, decorra da situação de fato revelada pelo processo e dos comandos legais. Seja qual for a extensão dos seus poderes — ainda naquela interpretação mais restritiva de que ao juiz não cabe senão a apreciação dos pressupostos e condições da suspensão que se analisem (ou na parte em que se analisem) num mero juízo verificativo de conformidade à lei, estando-lhe vedada a intervenção nos juízos de prognose ou na margem

de apreciação por parte do titular da ação penal [...] —, a decisão do juiz não depende de quaisquer ordens ou instruções mas, diretamente e só, das fontes normativas a que constitucionalmente deve obediência”.

O aspecto a que, neste momento da reflexão, se deve atribuir maior relevância é, porém, o atinente ao conteúdo do princípio da reserva da função jurisdicional. Relativamente a ele, é o próprio Acórdão do Tribunal Constitucional ora em apreciação que delimita, com exatidão, o seu problema: “importa averiguar se a decisão do Ministério Público pela suspensão provisória do processo consubstancia um ato materialmente jurisdicional”. A partir da afirmação de que ao Ministério Público, como “órgão autónomo de administração da justiça” a quem cabe dirigir o inquérito (o “que implica necessariamente aplicar o direito e formular juízos”), compete a dedução da acusação ou o arquivamento, conclui-se que “ao decidir-se, nesta fase, pela suspensão provisória do processo, o Ministério Público opta por não exercer imediatamente a ação penal. Esse ato, em si mesmo, não colide mais nem menos com o monopólio da função jurisdicional pelos juízes do que o seu reverso: a dedução imediata da acusação”.

Não sendo propósito desta análise um qualquer adensamento *autônomo* do sentido da reserva de juiz, aquilo que aqui se quis sublinhar foi, sobretudo, o fato de o próprio direito processual penal português admitir já (e com respaldo em decisões do Tribunal Constitucional), *em hipóteses das quais se pretende que não resulte um desfavorecimento da posição do arguido*, uma legitimidade para o Ministério Público não levar a julgamento, acusando, um arguido relativamente ao qual existem indícios da prática de um crime.

Todavia, não se crê que daqui possa resultar qualquer argumento favorável à aceitação de uma delação na fase inicial do processo penal em que o prêmio para o arguido que apresenta prova contra outrem, atribuído pelo ministério público, consista em tornar-se imune ao exercício da ação penal.

A primeira razão, e a essencial, que distingue as duas hipóteses, é o contexto da criminalidade a que se dirigem. Sendo sobejamente conhecida a partição das soluções processuais penais em dois horizontes político-criminais (o atinente aos crimes de pequena e média gravidade e o relativo à criminalidade grave) — tão conhecida que sustenta por vezes a afirmação da existência de dois processos penais ou de um processo penal a duas velocidades — parece claro que o fundamento para a limitação da exigência de legalidade na atuação do ministério público relativa aos crimes menos graves se não estende nos mesmos termos à reação à criminalidade mais

grave. O principal pressuposto para o Ministério Público promover a suspensão provisória do processo no final de um inquérito atinente a um crime pouco grave é a desnecessidade da condenação sob o ponto de vista das necessidades de prevenção especial e de prevenção geral. Em processos penais relativos a crimes menos graves compreende-se a possível *desnecessidade* do julgamento e da condenação. Todavia, no contexto da criminalidade muito grave e de investigação mais complexa (precisamente aquela em que se vem invocando a indispensabilidade de outras formas de obtenção da prova) não se compreende como pode eximir-se da responsabilização penal um agente cujo comportamento pode ter sido muito desvalioso com o argumento de que contribuiu para a responsabilização de outra pessoa. Se existem indícios de comparticipação, por parte do agora colaborador, na prática de crimes graves, tem de caber a um tribunal a avaliação da matéria de fato provada em ordem a ponderar a existência (ou não) de necessidades preventivas que tornem indispensável (ou não) a condenação.

Um segundo argumento contrário à aceitação de uma qualquer delação que seja premiada pelo Ministério Público prende-se com a circunstância de por essa via se não estar a lograr apenas uma solução menos punitiva para um arguido, mas também a admitir uma solução que pode ser restritiva dos direitos fundamentais do co-arguido contra o qual a delação é feita. Ou seja: ao contrários das soluções já conhecidas de limitação à obrigatoriedade da ação penal, como a suspensão provisória do processo, que são do interesse do arguido na medida em que evitam a sua condenação (não se prescindindo, mesmo assim, da sua concordância), aqui estar-se-ia a aceitar uma solução restritiva de direitos fundamentais sem a intervenção de um tribunal. A razão pela qual parece dever centrar-se aqui o núcleo da questão relaciona-se, decerto, com a afirmação de Anabela Miranda Rodrigues de que “uma tendência clara e generalizada manifesta-se com o reforço da independência do juiz, que surge, com a consequente revalorização da sua função jurisdicional ao longo de todo o processo penal — e não apenas na fase de julgamento —, como garantia da sua imparcialidade e como condição indispensável da proteção dos direitos fundamentais das pessoas no processo, designadamente do arguido e dos seus direitos de defesa”.¹⁸

¹⁸ RODRIGUES, Anabela Miranda. A jurisprudência constitucional portuguesa e a reserva do juiz nas fases anteriores ao julgamento ou a matriz basicamente acusatória do processo penal. **Vinte e Cinco Anos de Jurisprudência Constitucional Portuguesa**. Coimbra: Coimbra, 2009. p. 49.

De forma sintética e com um intuito de clarificação, sempre se poderá dizer que existe certa unanimidade na nossa doutrina e na nossa jurisprudência (nomeadamente a constitucional) quanto à admissibilidade, face ao princípio da reserva de juiz, de soluções para o conflito jurídico-criminal que não sejam conformadas exclusivamente por um juiz, antes se outorgando papel de relevo ao Ministério Público e, com grande importância, ao consenso dos intervenientes concretos no conflito. De resto, o que logo se detecta quando se analisam os regimes jurídicos da suspensão provisória do processo e do processo sumaríssimo é a exigência de concordância do arguido (e na maioria dos casos também do assistente, ainda que aqui existam diferenças entre a suspensão provisória do processo e o processo sumaríssimo). Ou seja: a modelação da solução para o conflito criminal, quando não é conformada e ditada por um juiz, não prescinde do consenso dos sujeitos do conflito.

Procurando concretizar o sentido do ato materialmente jurisdicional mais uma vez por apelo ao pensamento de Anabela Miranda Rodrigues, recorde-se a sua afirmação de que “porque não se rouba o conflito mas se arreda o conflito, não se justifica a intervenção do juiz — não está em causa assegurar a reserva do juiz”.¹⁹ Parece, assim, favorecer-se a conclusão de que se a reserva do juiz se deve manter intocada quando o sistema punitivo estadual se apropria do conflito, “roubando-o” para o resolver de forma coativa; a mesma exigência não fará idêntico sentido (ou não se porá nos mesmos moldes) quando a solução do conflito for, por vontade daqueles que nele são intervenientes, “arredada” das instâncias formais de controlo.

Pode, nestes termos, admitir-se a não intervenção de um tribunal quando o ministério público, apesar de existirem indícios de autoria de um crime, não provoca a intervenção de um tribunal, porque fica vedada a condenação a uma pena privativa da liberdade, porque se não prescinde da concordância do arguido e porque ainda assim se exige a intervenção de um juiz de instrução para sindicar a inexistência de compressões indevidas de direitos fundamentais.

¹⁹ RODRIGUES, op. cit., p. 56, adota uma linha argumentativa coerente com a explanada pelo Conselheiro Messias Bento — que votou vencido na decisão referida — a propósito da constitucionalidade de uma suspensão provisória do processo que, no inquérito, prescindisse da intervenção de um juiz. Não se encetará, neste momento, análise mais detida do Acórdão n.º 7/87 do Tribunal Constitucional (do qual resultou a necessidade de concordância do juiz de instrução para a suspensão provisória do processo proposta pelo Ministério Público durante o inquérito) na medida em que o mesmo será objecto de atenção em momento posterior deste estudo, aquando da reflexão sobre as soluções introduzidas pela Lei n.º 21/2007, de 12 de junho e a (des)necessidade de intervenção de um juiz.

As limitações ao princípio da legalidade que o nosso direito admite, mesmo no âmbito desta criminalidade menos grave e mesmo supondo a concordância do arguido, nunca são uma solução sem juiz. Logo, por maioria de razões, nenhuma solução de delação premiada o poderia ser.

Existe, porém, um argumento adicional que sempre vedaria a admissibilidade de uma qualquer delação premiada que se bastasse com a “validação” do prêmio por um juiz que não intervém numa verdadeira audiência de julgamento penal. A comparação das responsabilidades do delator e do delatado (assim como das respectivas necessidades punitivas) supõe uma avaliação da prova produzida numa audiência de julgamento, sob pena de violação do princípio da culpa na sua dimensão processual ou adjetiva (aquele princípio segundo o qual a responsabilização penal do agente supõe necessariamente a comprovação da sua responsabilidade através da prova validamente produzida numa audiência de julgamento). Como pode o Ministério Público, *antes da produção de prova* numa audiência de julgamento, valorar como menos desvaliosa a participação no crime do delator do que a do delatado? Como se pode, antes dessa produção de prova, ajuizar das respectivas necessidades punitivas em função dos critérios preventivos?

Crê-se que a resposta é inequívoca: não pode. A menos que estejamos dispostos a prescindir de pilares tão profundos do nosso modelo de reação ao crime como são o princípio da legalidade da promoção processual, o princípio da reserva de juiz ou o princípio da culpa na sua dimensão processual. A menos que estejamos dispostos a abandonar o modelo de ministério público característico do sistema europeu continental, esse ministério público que, ao contrário do anglo-saxônico, não está nunca sujeito ao controlo que decorre do escrutínio através do voto, precisamente porque se crê que lhe não cabe fazer escolhas com possíveis repercussões políticas.

Beccaria, na sua incontornável obra *Dos Delitos e das Penas*, reconhecia que podem existir algumas vantagens quando “tribunais prometem a impunidade ao cúmplice do delito grave que denuncie os seus companheiros”. Mas as desvantagens que também apontava parecem esmagadoras:

os inconvenientes são que a nação autoriza a traição, detestável mesmo entre os celerados, porque são menos funestos para uma nação os delitos de coragem do que os de cobardia, pois a primeira não é frequente, porque só espera uma força benéfica e diretriz, que leve a conspirar pelo bem público, e a segunda é mais comum e contagiosa, e cada vez mais se concentra em si mesma. Além disso,

o tribunal mostra a sua própria incerteza, a fraqueza da lei que implora a ajuda de quem a ofende.

Todavia, aquilo que se quer evidenciar no pensamento do Autor é a sua convicção de que, a existirem, tais prêmios não deveriam ser decididos casuisticamente pelo Tribunal (note-se, nem sequer pelo *Tribunal*), antes teriam de resultar inequivocamente da lei:

Parecer-me-ia que uma lei geral que promettesse a impunidade ao cúmplice delator de qualquer delito seria preferível a uma declaração especial num caso particular, porque assim preveniria as uniões, com o temor que cada cúmplice teria de ser o único a expor-se; o tribunal não contribuiria para tornar audazes os celerados, ao verem requerida a sua ajuda, num caso particular. Uma tal lei, todavia, deveria acompanhar a impunidade com a expulsão do delator... mas em vão me atormento a mim próprio para apagar o remorso que sinto ao autorizar as sagradas leis – monumento da pública confiança, base da moral humana – à traição e à dissimulação.²⁰

Há problemas que, ao contrário do que alguns querem fazer acreditar, não são de hoje. E também há respostas que não são necessariamente impostas pelos desafios da contemporaneidade. Reler Beccaria pode levar-nos a pensar que há soluções que, ao invés de conquistas, talvez consistam antes em verdadeiros retrocessos civilizacionais.

²⁰ Cf. BECCARIA, Cesare, **Dos Delitos e das Penas**, 2. ed., Tradução: José de Faria Costa. s.l.: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007. pp. 146-148.

REFERÊNCIAS

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. 2. ed. Tradução: José de Faria Costa. S.l.: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007. pp. 146-148.

CANOTILHO, J. J. Gomes; BRANDÃO, Nuno. **Revista de Legislação e de Jurisprudência**, n.º 4000, p. 34,

_____. A jurisprudência constitucional portuguesa e a reserva do juiz nas fases anteriores ao julgamento ou a matriz basicamente acusatória do processo penal. **Vinte e Cinco Anos de Jurisprudência Constitucional Portuguesa**, Coimbra: s.n., 2009, pp. 49-56.

DIAS, Jorge de Figueiredo. Sobre os sujeitos processuais no novo Código de Processo Penal, **Jornadas de Direito Processual Penal – O Novo Código de Processo Penal**, Coimbra: Almedina, 1992, p. 22 ss.

_____. **Jornadas de Direito Processual Penal – O Novo Código de Processo Penal**, Coimbra: Almedina, 1992, p. 20.

MONTE, Mário et al. (Coords.). **Que Futuro para o Direito Processual Penal?** Coimbra: Coimbra, 2009, p. 547.

RODRIGUES, Anabela Miranda. As relações entre o Ministério Público e o Juiz de Instrução Criminal ou a matriz de um processo criminal europeu In: MONTE, Mário et al. (Coords.). **Que Futuro para o Direito Processual Penal?** Coimbra: Coimbra, 2009, pp. 717-8.