

Legalidade e oportunidade: a perseguição penal entre o mito da “justiça absoluta” e o fetiche da “gestão eficiente” do sistema

Pedro Caetano

Assistente da Faculdade de Direito
da Universidade de Coimbra

1. A actual oportunidade de uma determinação conceptual

1.1. O binómio legalidade / oportunidade — analisado em Portugal, há já mais de uma década, por Costa Andrade, num estudo que se tornaria referência obrigatória para qualquer reflexão sobre o assunto ⁽¹⁾ — tem sido utilizado, nos últimos anos, como mecanismo operativo para dilucidar os problemas mais díspares. Com efeito, desenha-se uma tendência para, por um lado, confundir o *princípio* da legalidade com o *respeito* pela (ou a *defesa* da) legalidade e, por outro, para colar a etiqueta da “oportunidade” a qualquer mecanismo ou instituto, de direito

(1) MANUEL DA COSTA ANDRADE, “Consenso e oportunidade (reflexões a propósito da suspensão provisória do processo e do processo sumaríssimo)”, in *Jornadas de Direito Processual Penal. O novo Código de Processo Penal* (org. CEJ), 1988, p. 317 e ss; vd. também, logo em 1974, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Processual Penal*, 1974, p. 125 e ss., e, já na vigência do CPP de 1987, *Direito Processual Penal* (Lições do Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias, coligidas por Maria João Antunes, Assistente da Faculdade de Direito de Coimbra), ed. policopiada, 1988-9, p. 90 e ss.

material ou adjectivo, que represente um desvio ao processo penal “normal” ou “típico”, ou uma maior liberdade de conformação do processo por parte dos actores processuais, ou, mesmo, um afastamento em relação às penas detentivas.

Assim, sob pena de o tema se diluir, escusadamente, em águas muito diversas, parece-me imprescindível começar por (re)fixar os conteúdos dos conceitos propostos. As definições que se seguem não serão, seguramente, as únicas, nem, porventura, as melhores; mas, no meu entender, permitem conferir aos ditos conceitos a sua máxima operatividade.

1.2. Sabendo que, no nosso sistema, o princípio da legalidade é a regra na promoção do processo penal (gozando aliás, desde a LC 1/97, de consagração constitucional: cf. o art. 219.º, n.º 1, da CRP), comece-mos por identificar o seu conteúdo.

Este princípio é composto por dois deveres que incumbem ao Ministério Público (MP) enquanto titular da acção penal:

- o dever de abrir inquérito sempre que tenha notícia de um crime (262.º, n.º 2, do CPP) — doravante *dever de investigar*;
- o dever de deduzir acusação sempre que tenha indícios suficientes de que certa pessoa foi o autor do crime (art. 283.º, n.º 1, do CPP) — doravante *dever de acusar*.

Nisto se esgota o princípio da legalidade na promoção do processo penal.

1.3. É doutrina pacífica que os princípios da legalidade e da oportunidade surgem, num plano lógico, como *lugares inversos*. Assim, o conteúdo do princípio da oportunidade é constituído, exclusivamente, pelos casos em que o MP, tendo notícia do crime, possa ainda decidir sobre a abertura do inquérito e aqueles em que, tendo indícios suficientes relativamente ao autor do crime, possa ainda decidir sobre a dedução da acusação. Deste jeito, tal como o entendo, o princípio da oportunidade surge como *uma liberdade de apreciação do MP relativamente ao se da decisão de investigar ou de acusar apesar de estarem reunidos os pressupostos legais (gerais) dos ditos deveres*.

2. Os contornos modernos do princípio da legalidade: a superação do mito da “justiça absoluta”

2.1. Parece claro que o princípio da legalidade colhe a sua justificação inicial em representações jurídico-culturais — aquilo a que chamei, de forma algo grosseira, a “justiça absoluta” — que se encontram superadas: o direito das penas como um fim em si mesmo, que visa a perseguição de todos os crimes e a punição de todos os criminosos. A queda deste mito deve-se, essencialmente, a dois factores que interagem dinamicamente: a comprovação criminológica de um largo diferencial entre a criminalidade real e a criminalidade conhecida pelas instâncias formais de controlo; e, por outro, a evolução das concepções acerca das funções do Estado e do sistema penal. Assim, o paradigma é hoje muito diverso: o direito penal resigna-se a desempenhar o papel de tutela subsidiária de bens jurídicos, guiada por fins eminentemente preventivos, de forma a manter a criminalidade em quotas socialmente suportáveis.

2.2. Quer isto dizer que, actualmente, o princípio da legalidade não pode encontrar o seu fundamento na ambição da “justiça absoluta”. Por um lado, é o instrumento natural de um Estado que pretenda exercer *de facto* o seu *ius puniendi*, executando o programa repressivo vertido na lei. Por outro lado, subjaz-lhe a intenção de preservar a justiça penal de “suspeitas e tentações de parcialidade e arbítrio” que possam comprometer “a confiança da comunidade na incondicional objectividade” do aparelho judiciário e, conseqüentemente, a eficácia preventiva das normas penais ⁽²⁾.

E esta mudança de perspectiva reflecte-se inevitavelmente na forma como a lei desenha os pressupostos dos deveres de investigar e de acusar. Todavia — e esta é a primeira tese que gostaria de defender aqui —, não me parece lícito levar a “maior plasticidade” ⁽³⁾ dessa configuração legal, sempre que se afaste da pretensão de “justiça absoluta”, à conta de um princípio de oportunidade em expansão.

2.3. É certo que os limites ao princípio da legalidade concretamente previstos pelo direito processual penal português ⁽⁴⁾ comungam dos

⁽²⁾ FIGUEIREDO DIAS (1974), p. 128.

⁽³⁾ COSTA ANDRADE, p. 340.

⁽⁴⁾ Cf. *infra* 3.1.

mesmos fundamentos político-criminais que afloram em outros pontos do sistema: descriminalização, consenso, diversão da resposta à pequena criminalidade, luta contra as penas detentivas, subsidiariedade do direito penal... E só essa comunhão de ambiente discursivo explica que se coloquem — erroneamente — ao abrigo do princípio da oportunidade realidades normativas que lhe são totalmente estranhas. Vejamos algumas delas:

a) Em primeiro lugar, e por força do velho equívoco de que ao MP não compete fazer “juízos”, verifica-se uma tendência crescente para qualificar como pretensos afloramentos do princípio da oportunidade os casos em que a lei impõe / defere ao MP, expressa ou implicitamente, o dever / faculdade de formular um juízo. Aquela compreensão, tributária ainda de uma visão mecanicista da aplicação do direito, encontra-se completamente ultrapassada pelo moderno pensamento jus-metodológico. Os magistrados do MP, nos quadros das suas funções e competências, também aplicam o direito — e isso implica, necessariamente, formular juízos. Por isso, o dever ou a faculdade de, em certo momento processual, o magistrado do MP emitir um juízo não significa que essa operação se processe ao abrigo de um princípio de oportunidade. Alguns exemplos ilustrativos:

aa) O MP deve abrir inquérito sempre que tenha *notícia de um crime* (art. 262.º, n.º 2, do CPP). É óbvio que a qualificação de certo acto de comunicação como *notícia de um crime* é, em si, um duplo juízo: tanto no que diz respeito à subsunção dos factos noticiados a um tipo de ilícito, como no que toca à aceitação do acto comunicativo como “notícia”. Parece claro que este juízo nada tem que ver com a oportunidade: ao invés, trata-se de um pressuposto do dever de investigar que constitui, como vimos, a primeira vertente do princípio da legalidade. E esse juízo não é, de forma alguma, discricionário: está sujeito às regras de objectividade que regem a actividade da instituição, bem como às directivas genéricas que sobre o assunto a hierarquia entenda produzir. Note-se, aliás, que a violação das regras que presidem à formulação do dito juízo pode acarretar a responsabilidade disciplinar e criminal (art. 369.º do CP) do magistrado.

bb) Segundo exemplo: de acordo com o art. 283.º, n.º 1, do CPP, a decisão de acusar depende da existência de “*indícios suficientes*” de que

certa pessoa foi o agente de determinado crime, sendo que a lei actual define aquele conceito, no n.º 2 do mesmo artigo, como a possibilidade razoável de aplicação de uma reacção criminal ao arguido em julgamento. Trata-se, portanto, de outro *juízo* que a lei defere ao MP, mas que não releva do princípio da oportunidade. A relativa (e inevitável) indeterminação da formulação legal amplia a função constitutiva do MP nesta fase processual, que todavia se não confunde com a possibilidade de uma apreciação discricionária. Ao contrário, a decisão deve pautar-se, novamente, por estritos critérios de objectividade: perante os indícios, o MP *deve* acusar ou arquivar o processo consoante o resultado do juízo de prognose de que a lei o incumbe. Aliás, esta decisão é susceptível de controlo hierárquico (no caso de arquivamento não seguido de abertura de instrução) e do controlo judicial (requerimento de abertura de instrução) — que são, inegavelmente, corolários de um princípio de legalidade ⁽⁵⁾. Enfim, resta sublinhar que este concreto desenho do dever de acusar — que só surge na presença de uma possibilidade razoável de o arguido ser penalmente sancionado — se limita a reproduzir os mandamentos político-criminais de racionalidade e eficácia que devem reger todo o sistema penal e é imposto pelo próprio estatuto do MP, que deve conduzir a acção penal segundo critérios de objectividade.

cc) Em terceiro lugar, encontramos os institutos que atribuem ao MP a faculdade de, emitindo um juízo, modelar de certa maneira a sanção aplicável ou a forma processual: refiro-me essencialmente à *fixação do limite máximo da pena aplicável ao caso pelo MP* (e subsequente fixação da competência do tribunal singular: art. 16.º, n.º 3, do CPP) e à submissão do processo à forma do *processo sumaríssimo* (arts. 392.º, ss., do CPP). Nestas duas situações, por razões diferentes, esbatem-se as fronteiras entre os princípios da legalidade e da oportunidade. Todavia, parece-me mais correcto integrar ambas no paradigma da legalidade.

(i) Existe já abundante literatura e jurisprudência sobre a *ratio* político-criminal das normas previstas no art. 16.º, n.ºs 3 e 4, pelo que me cingirei a frisar o seguinte: o MP investiga e acusa, de acordo com o princípio da legalidade, gozando apenas da “faculdade” de limitar o máximo de pena aplicável ao caso enquanto representante da pretensão

⁽⁵⁾ FIGUEIREDO DIAS (1988-9), p. 96, s.

punitiva do Estado. À semelhança do que vimos a propósito da aquisição da “notícia de um crime” e da densificação dos “indícios suficientes”, trata-se aqui de um *juízo* sobre a concreta dignidade punitiva do facto.

É certo que este juízo comporta uma certa margem de apreciação, porquanto a lei não fixa os pressupostos da limitação da pena máxima aplicável⁽⁶⁾, nem permite o controlo da decisão por parte do tribunal; mas a competência para formular um juízo desta natureza não se confunde com o princípio da oportunidade, sob pena de, uma vez mais, se perder o rigor conceptual e por aí se esbaterem os préstimos operativos do conceito. Neste sentido se pronunciou expressamente o Tribunal Constitucional, numa altura em que a consagração constitucional do princípio da legalidade era duvidosa: no AcTC 97/90, para se concluir pela compatibilidade constitucional do art. 16.º, n.º 3, argumentou-se: “mesmo que se admita que o citado art. 224.º consagra o princípio da legalidade da acção penal (contraposto ao princípio da oportunidade), segundo o qual o Ministério Público é obrigado a requerer o julgamento por todas as infracções de cuja prática haja indícios suficientes, nem assim a norma impugnada viola tal preceito constitucional, *quer porque não consagra o princípio da oportunidade*, quer porque, a ver-se nela uma qualquer expressão desse princípio, seria tão moderada que não poderia deixar de ser consentida pelo princípio da legalidade” (itálicos meus).

(ii) No caso do processo sumaríssimo, a questão é mais duvidosa. Com efeito, num plano *formal*, estamos perante um desvio ao princípio da legalidade: reunidos os pressupostos do processo sumaríssimo (e, entre eles, o juízo segundo o qual não deve ser concretamente aplicada ao arguido uma reacção privativa da liberdade), o MP *não tem* o dever de acusar, devendo⁽⁷⁾ antes optar por uma forma processual que, coerentemente com a ideia de diversão que lhe subjaz, não assenta num libelo acusatório. Porém, num plano *material*, parece que o “requerimento” do MP constitui um *equivalente funcional* da acusação: já porque poderá constituir o pressuposto de uma sentença condenatória (art. 397.º, n.º 2, do CPP), já porque, se o processo for reenviado para

⁽⁶⁾ Todavia, não vemos que os *referentes* do juízo possam ser diversos daqueles que o tribunal utiliza num momento posterior para a determinação da pena.

⁽⁷⁾ Trata-se de um dever, e não de uma faculdade, à semelhança do que sucede com o arquivamento e a suspensão provisória do processo: cf. *infra* no texto.

a forma comum, o dito requerimento “equivale à acusação” (art. 395.º, n.º 3, do CPP). Deste modo, afigura-se que o processo sumaríssimo, constituindo inegavelmente um mecanismo de diversão e de consenso, se aproxima mais do paradigma da legalidade do que do paradigma da oportunidade ⁽⁸⁾.

b) O segundo grande núcleo das pretensas expressões do princípio da oportunidade é composto pelas *estratégias e critérios de prioridade na investigação e promoção processual*. É usual qualificar-se a concepção dessas estratégias como expressão de uma “oportunidade de facto”. Mas, se se percebe o que assim se pretende significar (a *selecção* levada a cabo pelas instâncias formais de controlo), a verdade é que não existe aí qualquer incidência do princípio da oportunidade. Dentro dos deveres impostos pelo princípio da legalidade e das instruções genéricas emanadas pelo Procurador-Geral da República, cabe ao MP, como órgão autónomo e hierarquizado, traçar e executar os planos de acção que confirmam maior eficácia à sua função ⁽⁹⁾.

c) Uma terceira constelação tem sido inadequadamente associada ao princípio da oportunidade: refiro-me aos *pressupostos processuais* de que a lei faz depender a acção do MP nos crimes semi-públicos e particulares, *sc.*, a queixa e a acusação particular. Eles constituem, como é sabido, desvios ao princípio da *oficialidade*, em homenagem: (i) à ideia de desnecessidade de intervenção estadual em casos de reduzido alarme social quando o ofendido não manifeste a vontade de a accionar; (ii) e em homenagem aos próprios direitos do ofendido, para quem a instauração do processo contra a sua vontade pode constituir uma segunda vitimização (*maxime*, no que diz respeito aos crimes sexuais). Ora, também aqui, trata-se de pressupostos processuais de que a lei faz depender a acção penal, pelo que a sua falta, impossibilitando a abertura de inquérito por falta de legitimidade do MP, não pode ser levada à conta do princípio de oportunidade ⁽¹⁰⁾. Correcto é afirmar que, nesse caso, não estão reunidos os pressupostos do dever de investigar e que, no caso inverso, o MP se

⁽⁸⁾ Assim também COSTA ANDRADE, p. 356.

⁽⁹⁾ Assim também ANTÓNIO CLUNY, *Pensar o Ministério Público Hoje*, Cadernos da Revista do Ministério Público, 8, 1997, p. 45.

⁽¹⁰⁾ Implicitamente neste sentido, CARLOS ADÉRITO TEIXEIRA, *Princípio da Oportunidade*, 2000, p. 48.

encontra obrigado a investigar. Tudo o que releva portanto, e ainda, do princípio da legalidade. O mesmo raciocínio vale para as *imunidades*, também elas verdadeiros pressupostos processuais ⁽¹⁾.

d) Por último, tenho por certo que o princípio da oportunidade é absolutamente alheio à previsão legal e à aplicação judicial das *penas alternativas* à pena de prisão: trata-se de verdadeiras penas, resultantes de uma investigação, acusação e condenação, em estrito cumprimento do princípio da legalidade da promoção processual! O mesmo se diga em relação à *dispensa de pena*, subsequente a uma sentença de condenação resultante, também ela, dos deveres de investigar e de acusar. Não parece curial convocar, para a fundamentação destes institutos, que já tem guarida no conhecido movimento político-criminal de reacção contra as penas detentivas, um “princípio de oportunidade na formação do direito” ⁽²⁾ — é, a meu ver, um luxo de conceitos, que tem o efeito pernicioso de obnubilar o cerne do princípio da oportunidade da promoção processual.

3. Os casos de cessação do dever de acusar no direito português: verdadeira oportunidade ou limites ao princípio da legalidade?

3.1. Descascada a ganga de que se tem rodeado o princípio da oportunidade, resta perguntar se algum caso existe, no nosso direito, que se integre naquele paradigma. E a resposta é, numa primeira aproximação, afirmativa: na esteira do citado estudo de Costa Andrade, a doutrina portuguesa tem admitido que o arquivamento do processo, previsto no art. 280.º do CPP (*diversão simples*), e a suspensão provisória do processo, regulada no art. 281.º do CPP (*diversão com intervenção*) ⁽³⁾, constituem desvios ao princípio da legalidade, porquanto se traduzem na faculdade de o MP não deduzir acusação, nem praticar acto equivalente, apesar de se encontrarem reunidos os pressupostos gerais do dever de acusar. Tratar-se-ia, portanto, de mecanismos processuais surgidos sob

⁽¹⁾ Assim FIGUEIREDO DIAS (1988-9), p. 93

⁽²⁾ CECÍLIA SANTANA, “Princípio da oportunidade na reforma do sistema penal” in *Jornadas sobre a Revisão do Código Penal* (org. Maria Fernanda Palma e Teresa Pizarro Beleza), 1998, p. 380 ss.

⁽³⁾ Institutos próximos dos referidos são o arquivamento do processo contra a reposição da verdade sobre a situação fiscal, previsto no art. 26.º, n.º 5, do RJFNA (*diversão encoberta*), e a suspensão provisória do processo relativa ao crime de consumo de estupefacientes, regulada no art. 56.º do DL 15/93 (*diversão com intervenção*).

o signo do princípio da oportunidade. Mas o aprofundamento do problema aumenta sensivelmente a complexidade: atenta a *concreta configuração* que a lei portuguesa dá aos institutos em apreço, estaremos verdadeiramente perante uma liberdade de apreciação do MP sobre o destino do processo?

3.2. A “margem de apreciação” concedida ao MP em todas estas normas tem fundamentos político-criminais muito claros:

a) No que diz respeito ao arquivamento, pretende-se excluir tão cedo quanto possível do sistema penal casos que, abstractamente considerados, merecem a reprovação do legislador, mas que, em concreto, se encontram “abaixo do limiar mínimo estabelecido pelos princípios da subsidiariedade, proporcionalidade e da culpa”⁽¹⁴⁾, não deixando subsistir qualquer resto de necessidade de pena.

b) No que diz respeito à suspensão provisória do processo, pretende-se evitar o julgamento e eventual condenação de agentes primários e não perigosos, que indiciariamente cometeram factos integráveis na pequena ou média criminalidade, com culpa diminuta e relativamente aos quais as exigências de prevenção geral e especial não requerem a efectiva aplicação e cumprimento de uma pena.

Assim, numa situação como noutra, são facilmente identificáveis os tópicos político-criminais da *intervenção mínima*, da *não-estigmatização do agente*, do *consenso* e da *economia processual*. O arquivamento e a suspensão provisória surgem, portanto, como formas de atribuir ao MP a competência para decidir se esses propósitos podem, no caso concreto, ser realizados, ou se, diversamente, eles devem ser sacrificados em homenagem a outros interesses.

3.3. E é neste exacto ponto que se levanta a questão mais delicada: *qual a natureza da decisão do MP e dos critérios que a devem guiar?* Dizendo tudo: trata-se de uma decisão discricionária, como escolha livre do meio mais adequado para realizar o interesse público, ou, diversamente, de uma decisão vinculada?

De acordo com a lei, *verificados certos requisitos*, o MP *pode* decidir-se pelo arquivamento / suspensão do processo ou pela dedução

⁽¹⁴⁾ COSTA ANDRADE, p. 352.

da acusação. O que significa, desde logo, que o problema só se levanta quando o MP entender (novamente por força de um juízo que a lei lhe defere) que se verificam aqueles requisitos. Mas, nesse caso, *poderá não divertir o processo e deduzir acusação?*

Numa primeira visão das coisas, até por força da expressão literal da lei (se *pode* arquivar / suspender... também *pode* não o fazer), seríamos levados a admitir que o MP tem a *faculdade* de deduzir acusação apesar de verificados os pressupostos legais do arquivamento / suspensão. Não, evidentemente, uma faculdade ancorada no arbítrio ou na pura conveniência pessoal (a putativa menor complexidade burocrática da acusação relativamente à suspensão provisória, os critérios da inspecção na classificação do desempenho do magistrado), mas sim na prossecução do *interesse público*, que, no caso concreto, seria mais bem servido através da dedução da acusação. Contudo, vejamos:

a) Num sentido amplo, a oportunidade traduzir-se-ia na competência para escolher os meios mais aptos a realizar um *interesse público geral, que transcende os interesses do sistema penal*, determinado através de critérios não jurídicos (*raison d'Etat*, conveniência do serviço, eficiência económica, racionalidade na afectação de recursos, etc.) — e, nesse caso, teríamos situações efectivamente integráveis no paradigma da oportunidade: a decisão de divertir o processo ou acusar repousaria sobre um poder discricionário em sentido próprio, como competência para escolher a opção que melhor realiza o interesse público, através de critérios político-administrativos, ordenados à boa gestão da cidade.

Todavia, julgo que esta interpretação não pode proceder. E não porque ela viole, forçosamente, o princípio da igualdade — mas essa é toda uma discussão que não cabe aqui. A principal objecção à oportunidade assim entendida encontra-se na própria *configuração estatutária e funcional* do MP. Com efeito, não compete ao MP, quando age como titular da acção penal, avaliar outras mostrações do interesse público diferentes das que subjazem à perseguição penal⁽¹⁵⁾. Assim, a decisão de divertir / acusar

⁽¹⁵⁾ Neste ponto, não posso deixar de aludir ao que se dispõe no art. 113.º, n.º 5 do CP, onde se confere ao MP o poder-dever de iniciar o procedimento criminal quando o titular do direito de queixa coincida com o agente do crime, se especiais razões de *interesse público* o impuserem. Antes da revisão de 1998, era doutrina pacífica que este interesse público se identificava plenamente com o (e se esgotava no) *interesse da vítima* — e esse é, ainda, um interesse que se inscreve no sistema penal (cf. MARIA JOÃO ANTUNES, “Anotação ao art. 178.º”, in *Comentário Conimbricense do Código Penal*, I, 1999, p. 594 e ss). Tal entendimento em

não pode resultar de um juízo guiado, v. g., pela maior ou menor conveniência do sentido da decisão para as autoridades administrativas a quem caberia prestar apoio, ou pela necessidade de elevar o número de acusações para preencher as quotas desejadas pela instituição.

b) Do que fica dito, retira-se que o interesse público cuja realização compete ao MP, enquanto titular da acção penal, só pode contemplar *interesses do próprio sistema penal, tuteláveis por critérios a ele imanentes* ⁽¹⁶⁾ — um interesse público, digamos, *sectorial*. E, então, a liberdade de apreciação residiria na faculdade de, verificados os pressupostos da diversão, ponderar se os propósitos que com ela se prosseguem devem prevalecer ou ser preteridos em favor de outros com eles conflitantes.

Só que, a ser assim, não se vislumbram interesses, cuja protecção imponha a decisão de acusar, *diversos daqueles que já são acautelados pelos requisitos exigidos para a promoção do arquivamento ou da suspensão provisória* (exigências de prevenção geral e especial, gravidade do facto, gravidade da culpa, reparação do dano). Por outras palavras: a “conveniência” da decisão de acusar só pode derivar da falha de um dos pressupostos legais da diversão. De onde decorre que a chamada “oportunidade” consiste apenas num juízo sobre a verificação dos pressupostos legais do arquivamento e da suspensão.

3.4. Afastada a relevância de interesses transcendentais ao sistema penal, e não sendo possível identificar interesses jurídico-penais diferentes daqueles que condicionam o arquivamento e a suspensão, há que admitir que o MP, ao concluir pela verificação positiva dos respectivos pressupostos legais, se encontra constituído no *dever* (poder-dever) de arquivar / suspender o processo, tal como a insubsistência daqueles pressupostos determina o dever de acusar ⁽¹⁷⁾. Dificilmente se poderá

nada é afectado pela introdução do actual n.º 6, com a L. 65/98, que expressamente se refere ao interesse da vítima, pois esta norma diz respeito apenas aos casos taxativamente previstos na lei, enquanto que o n.º 5 abrange qualquer caso em que se verifique a coincidência entre o titular do direito de queixa e o agente do crime.

⁽¹⁶⁾ Assim muito claramente, na conclusão, FERNANDO TORRÃO, *A Relevância Político-criminal da Suspensão Provisória do Processo*, 2000, p. 239

⁽¹⁷⁾ Neste sentido, com sólida argumentação sobre o dever que ao MP incumbe de se decidir pela suspensão provisória do processo desde que verificados os respectivos pressupostos legais, cf. FERNANDO TORRÃO, p. 242, ss., e *passim*.

falar, portanto, de oportunidade em sentido próprio. Trata-se, mais uma vez, de um juízo cujo resultado constitui o MP num dever, embora um dos sentidos da decisão desemboque num limite ao princípio da legalidade: *o dever de acusar cessa através da emergência de um dever de arquivar / suspender o processo*. Do mesmo modo, a decisão de acusar só pode ser fruto do princípio da legalidade, e não de uma qualquer conveniência ou oportunidade, pois pressupõe a insubsistência dos requisitos legais que permitem limitar tal princípio.

Tudo o que me leva a preferir caracterizar o arquivamento e a suspensão provisória como limites ao princípio da legalidade, num modelo de “legalidade aberta”⁽¹⁸⁾, porque não dependem de um juízo de conveniência desvinculado da lei.

3.5. A pertinência dos institutos em análise ao paradigma da legalidade levanta a complexa questão de saber quais os mecanismos de controlo que permitem sindicatizar o cumprimento daqueles deveres pelo MP.

Desde logo, parece líquido que o arguido pode requerer a abertura de instrução com a simples arguição da violação dos ditos deveres pelo MP. Trata-se, inequivocamente, de “razões de facto e de direito de discordância relativamente à acusação” (art. 287.º, n.º 2). Por outro lado, o argumento reforça-se se se atentar no disposto nos arts. 280.º, n.º 2, e 307.º, n.º 2, do CPP, que permitem ao juiz de instrução decidir-se, com a concordância do MP, pelo arquivamento ou suspensão provisória do processo⁽¹⁹⁾. Ora, se o juiz de instrução entender que o arquivamento / suspensão dão a melhor solução ao processo, por estarem preenchidos os respectivos pressupostos, deve procurar obter a concordância do MP para poder decidir nesse sentido⁽²⁰⁾. E o MP deve concordar com a diversão se entender, nesse momento processual, que se verificam os respectivos pressupostos legais, seja porque a instrução trouxe uma “nova luz” ao caso, seja porque, muito simplesmente, essa conclusão resulta de uma reformulação do seu primeiro juízo sobre o problema.

Mas a questão põe-se justamente nos casos em que o MP mantém, no final da instrução, a posição que adoptou ao acusar. Qual deve ser, então, a decisão do juiz?

⁽¹⁸⁾ Cf. COSTA ANDRADE, pp. 346 e 352.

⁽¹⁹⁾ Cf. FERNANDO TORRÃO, p. 262, ss.

⁽²⁰⁾ Id., p. 270, s.

Numa primeira abordagem, seríamos tentados a defender que deveria haver lugar a despacho de não pronúncia, por o juiz de instrução entender que a causa não deve ser submetida a julgamento (arts. 286.º, n.º 1, e 298.º do CPP). Todavia, a verdade é que, sem a concordância do MP, *falha um dos requisitos dos mecanismos de diversão*, por não se estabelecer o *consenso* pretendido⁽²¹⁾. E essa falha repercute-se directamente naquele juízo do juiz de instrução, que já não poderá sustentar que a causa não deve ser submetida a julgamento *por dever ter lugar a diversão*, visto que não se verifica um dos pressupostos da mesma. Dessa forma, o modelo consensual fica inviabilizado, a possibilidade de diversão deixa de constituir fundamento para a não sujeição da causa a julgamento e o juiz deve, nessa circunstância, pronunciar o arguido.

4. A oportunidade enquanto mudança de paradigma na perseguição penal e a sedução pela ideia de eficiência: uma reinvenção do sistema penal como sistema de gestão de riscos?

4.1. É sabido que a racionalidade empresarial alastrou para sectores tradicionalmente regidos por outros esquemas operativos, aí se incluindo a própria actividade estadual. Os factores também são identificáveis: a virtual globalização da economia, o dogma da competitividade, a crise do Estado Providência, etc., e as suas repercussões sobre o sistema social provocaram alterações profundas no “mundo conhecido”, levando mesmo a que se fale de uma mudança de paradigma nas relações Estado-sociedade.

Este fetiche da empresa não deixou incólume o mundo jurídico. Refiro-me, essencialmente, às correntes metodológicas que se colocam sob o signo da análise económica do direito, para quem a pedra de toque do sistema jurídico deve ser a ideia de *eficiência*. Já não se trata, portanto, da mera exigência de “eficácia” posta pelas escolas funcionalistas, segundo a qual o direito deveria conceber-se sempre a partir da adequação aos “programas finais” que o Estado lhe propõe, cabendo aos órgãos competentes a conformação dessas metas e objectivos. Agora, pretende-se mais do que um direito eficaz: o mandamento da eficiência postula que os ditos programas finais não possam ter outro conteúdo que não o de assegurar o máximo de vantagens sociais com o mínimo de custos.

⁽²¹⁾ Cf. de novo os arts. 280.º, n.º 2, e 307.º, n.º 2, do CPP.

4.2. Emparelhada com o dogma da eficiência, anda a teorização do novo papel do Estado no seio da sociedade de risco. A ideia também é conhecida: certas decisões, ordenadas ao conseguimento da máxima eficiência, têm de ponderar o risco da produção de efeitos indesejados. Daí que a projecção dos efeitos hipotéticos da decisão e a sua avaliação, de acordo com as técnicas actuariais de gestão de riscos, seja fundamental para o decisor poder escolher a opção presumivelmente mais eficiente, sempre através do binómio custo mínimo / benefício máximo.

4.3. Esta nova aparelhagem conceptual aspira a constituir-se em fundamentação de um novo discurso sobre a legitimação do Estado e do poder punitivo. No que diz respeito ao sistema penal, ela tem já guarida na auto-denominada “nova penologia”, nascida nos Estados Unidos da América nos princípios da década de 80. De forma sucinta, podemos caracterizá-la através da seguinte proposição: o objectivo da decisão das instâncias formais de controlo é a redução dos danos sociais globais inerentes ao crime através de uma adequada redistribuição dos riscos, tanto no plano da prevenção como no plano da repressão.

As concretizações do esquema operativo da nova penologia no sistema penal são facilmente intuíveis, sobretudo no plano das decisões relativas à aplicação da prisão preventiva, à escolha e determinação concreta da sanção aplicável, à liberdade condicional, às novas técnicas de controlo, à especialização das prisões em função de níveis de risco, etc. E também é fácil compreender como esta corrente de pensamento só pode ter expressão prática com a consagração de uma ampla margem de verdadeira oportunidade para o MP na promoção do processo penal, pois a ele caberá, em primeira instância, calcular as vantagens e os custos da decisão de investigar os factos e de submeter o seu autor a julgamento.

4.4. Parece-me bastante claro que a ideia de eficiência não tem capacidade para se constituir em base de legitimação autónoma do sistema jurídico-penal. Não vejo que a desvinculação do direito penal do dogma da protecção preventiva de bens jurídicos e a sua substituição por uma “gestão eficiente de grupos de pessoas perigosas” possa ganhar os favores da comunidade jurídica em que vivemos.

Além disso — ou talvez melhor: antes disso — a consagração de um paradigma geral de oportunidade na actuação do MP exigiria uma

reordenação dos poderes dos órgãos do Estado, sob pena de, à vontade do povo expressa em lei, se sobrepor aquilo a que Costa Andrade chamou “um programa político-criminal apócrifo”⁽²²⁾, que decidiria efectivamente sobre as fronteiras da punibilidade criminal — desiderato que não me parece nem possível, nem desejável.

Mas isto não significa que daquele discurso não venham a extrair-se consequências, num futuro próximo, para o desempenho do sistema penal — nomeadamente no que diz respeito ao papel do MP.

Na verdade, num momento em que se procura combater o desperdício de dinheiros públicos e a irracionalidade económica, não há justificação para a manutenção de certo tipo de intervenções estaduais que representam custos significativos, de índole variada, para os cidadãos (na veste de contribuintes, arguidos ou ofendidos), e cuja necessidade e eficácia se mostram muito duvidosas, mesmo de acordo com padrões intra-sistemáticos. Só que essa evolução há-de fazer-se, do meu ponto de vista, dentro das linhas que regem actualmente o nosso direito — *sc.*, dentro do paradigma da legalidade — através do aprofundamento dos mecanismos de diversão e mediação.

4.5. Com efeito, a actual dinâmica social aponta no sentido de um aprofundamento do hiato entre as regulamentações abstractas e genéricas do legislador e a realidade que elas visam disciplinar. Sintoma deste divórcio crescente são os movimentos doutrinários e políticos que reclamam um emagrecimento do poder legislativo e uma maior capacidade de acção para o executivo, necessariamente mais atento à (e mais próximo da) diversidade dos problemas da vida social.

No direito penal, esta tendência implica que, por vezes, a dignidade punitiva dos factos abstractamente vazada na lei, sobretudo no domínio da pequena e média criminalidade, não encontra correspondência nas diminutas exigências de prevenção postas pela concreta prática dos mesmos.

Creio que é nesse espaço da pequena e média criminalidade que se desenvolverá uma maior limitação ao princípio da legalidade, sempre que as exigências de prevenção não justifiquem os custos da intervenção do sistema formal típico. E o MP está particularmente bem colocado para assumir esta tarefa, dada a sua posição no processo penal (represen-

(22) COSTA ANDRADE, p. 345.

tante do interesse punitivo do Estado e primeiro decisor sobre o destino do processo) e a sua configuração orgânico-funcional (as notas de unidade, autonomia e hierarquia permitem-lhe desenvolver e racionalizar estratégias coerentes de acção, no respeito pela lei). Atrever-me-ia, por isso, a apontar os seguintes vectores:

a) No plano da limitação ao *dever de investigar*, não devem desprezar-se as virtualidades da *mediação* ⁽²³⁾, procurando solucionar o conflito através da intervenção desformalizada de agências não-judiciárias; campos preferenciais de aplicação da mediação parecem ser a generalidade dos crimes contra a honra, ofensas corporais simples, maus tratos ⁽²⁴⁾ e consumo de estupefacientes.

b) No plano da limitação ao *dever de acusar* (diversão em sentido próprio), é indispensável dar aplicação aos mecanismos processuais existentes (arquivamento e suspensão provisória do processo). Segundo os dados conhecidos, a suspensão provisória evidencia uma altíssima taxa de êxito (98%) e, apesar disso, é manifestamente sub-utilizada (nos anos de 1989-1995 a proporção entre suspensões e acusações foi de 1 para 99) ⁽²⁵⁾. Talvez a compreensão das decisões de arquivar e de suspender o processo como deveres a que o MP se encontra adstrito, uma vez verificados os respectivos pressupostos, possa contribuir para um aumento efectivo da diversão no processo penal português.

5. Conclusão

É já tempo de terminar.

Em jeito de conclusão, diria o seguinte: é inequívoco que o ambiente sócio-jurídico do nosso tempo exige uma maior flexibilidade do princípio da legalidade, não só por força dos mandamentos político-criminais que há muito a requerem, mas também pela nova compreensão da actividade do Estado e dos seus órgãos. Os mecanismos de diversão que

⁽²³⁾ Cf. JOSÉ DE FARIA COSTA, "Diversão (desjudiciarização) e mediação: que rumos?", BFD, 61, 1985, p. 91,ss.

⁽²⁴⁾ (*Nota de actualização*) Em sentido convergente com o propugnado no texto, vd. as modificações introduzidas recentemente pelo DL 7/2000, de 27 de Maio, no art. 281.º do CPP, com a adição do actual n.º 6.

⁽²⁵⁾ Dados colhidos em MARIA ROSA CRUCHO DE ALMEIDA, *A suspensão provisória do processo penal*, GEP MJ, 1997.

a lei portuguesa conhece são limitações ao princípio da legalidade, que não envolvem a intervenção de um verdadeiro princípio de oportunidade. É dentro dessa subordinação ao paradigma da legalidade que se hão-de buscar as soluções que permitam uma optimização dos interesses subjacentes à diversão (intervenção mínima, não-estigmatização do agente, economia processual), sem com isso prejudicar as exigências de prevenção e a defesa de bens jurídicos queridas pelo povo e plasmadas nas leis da República.

Evolução que, dada a delicadeza da matéria, requer as maiores cautelas. É que, ao contrário do que ensina Jacques ao seu Amo, na saborosa homenagem de Milan Kundera a Diderot, ir em frente não é bem ir em qualquer direcção...