

A Reforma da Organização Interna do Ministério Público e o Processo Penal

Manuel da Costa Andrade
Paulo Pinto de Albuquerque

Sumário do Parecer:

- I. O contexto da Diretiva
 - 1. A autonomia interna e a hierarquia na CRP
 - 2. A autonomia interna e a hierarquia no CPP
 - 3. A autonomia interna e a hierarquia no EMP e na legislação extravagante
 - 4. A autonomia interna e a hierarquia no direito europeu e no direito penal internacional
 - 5. O estado da questão na doutrina portuguesa
 - 6. O estado da questão na jurisprudência portuguesa
- II. A análise da Diretiva 4/2020
 - 1. A ordem do hierarca
 - 2. Direitos e deveres do Magistrado destinatário da ordem
 - 3. O dossiê e o acesso de terceiros ao dossiê
 - 4. Impedimentos
 - 5. Comunicações
 - 6. Avocação
- III. Conclusões
- Bibliografia

RESUMO: O presente texto corresponde a um parecer dado pelos Autores, a pedido do Sindicato dos Magistrados do Ministério Público, sobre a seguinte questão: A Diretiva 4/2020 da PGR é compatível com a Constituição da República e a lei, na medida em que prevê e regula o poder do hierarca de dar uma ordem concreta destinada a produzir efeitos num determinado processo penal?

I. O contexto da Diretiva

1. A autonomia interna e a hierarquia na CRP

1. O CPP visou implementar um novo paradigma processual penal em Portugal. O novo paradigma perspectiva a eficiência do sistema como condição básica de um exercício da força pública constitucionalmente limitado e proporcional. Uma perseguição criminal ineficiente nos meios de investigação que utiliza e no tempo que dura é desproporcional. Deste modo, a «funcionalidade do sistema de direito penal» (*Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege*) ganha uma imprescindível dimensão constitucional e converte-se em um dos critérios orientadores da reforma penal. Com o propósito de promover a adequação da estrutura do processo a esta obrigação constitucional, o legislador atribuiu a direção de todo o processo preparatório ao Ministério Público, consagrou a competência móvel do tribunal e a quebra do

princípio estrito da legalidade na prossecução da ação pública e introduziu a possibilidade do alargamento do objeto do processo com base no acordo das partes. Ao invés, a preferência pela criação de espaços de consenso no tratamento da pequena criminalidade, manifestada claramente nos regimes da suspensão provisória do processo com injunções e no processo de «ordem penal», relevava já de um programa político ainda mais ambicioso de «desjudicialização» ou de «diversão judicial» (*judicial diversion*) e não apenas da funcionalização acrescida do sistema. A perseguição penal pelo Estado de Direito democrático obedece também a um conceito material de igualdade, com direta repercussão no estatuto dos sujeitos processuais. Esta característica distintiva do novo paradigma exige a participação ao mesmo nível da acusação e da defesa na resolução do conflito e a proteção da privacidade, do bom nome, da presunção de inocência do arguido antes da declaração de culpa por um tribunal. Com o intuito de promover estes objetivos o legislador estabeleceu uma fase autónoma para recolha da prova relevante para a condenação e a determinação da sanção, além da já referida quebra do princípio estrito da legalidade, e incrementou significativamente a observância do princípio da imediação.

2. Outra das linhas de água deste paradigma, alinhado com as exigências do processo penal acusatório do Estado de Direito democrático, é a fidelidade às exigências da transparência, corolário duma justiça exercida não só «em nome do povo», mas também *coram populum*. Precisamente o povo que é, em última instância, o destinatário último das suas decisões. É um *topos* que ganha particular relevo face aos problemas com que a consulta diretamente nos confronta. Por ser evidente que, sem transparência, não é pensável nem *due process of law*, menos ainda um *fair trial*. Sem transparência, sobrarão apenas as sombras e o terror da alegoria de Kafka.

3. Um processo alinhado pelas exigências e valores da transparência e da verdade, não comporta atos ou fases processuais ocultas e apócrifas. Menos ainda tolera que os «atos» ocultos acabem por se projetar sobre o processo, conformando a sua estrutura e decidindo o seu curso, sem que a defesa possa tentar contrariá-los e infirmá-los. No processo penal acusatório, o mesmo Estado, representado pela acusação, é chamado a honrar a sua celebrada «superioridade ética» (Jellinek) e a travar o combate processual num ambiente de igualdade de armas e de rosto descoberto perante a defesa. *Brevitatis causa*, a acusação não pode emboscar-se e esconder a mão, desferindo golpes contra os quais ninguém pode defender-se, já porque nem sabe de onde vêm nem como são. Como era apanágio do processo inquisitório, um modelo a que a nossa Constituição e as nossas leis processuais quiseram fechar definitivamente as portas.

4. É bom de ver que a direção do inquérito pelo MP assumiu uma importância nuclear no novo paradigma processual penal, o que redundou na dignificação do MP como sujeito processual. A centralidade do inquérito foi reforçada com a verdadeira *revolutio* do processo penal português operada pela Lei n.º 48/2007, de 29 de agosto, e designadamente com a consagração da regra da publicidade do inquérito¹. A Lei n.º 20/2013, de 21 de fevereiro, acentuou esta tendência ao dispor que as declarações do arguido prestadas nas fases anteriores ao julgamento podem nele

¹ Ver PAULO ALBUQUERQUE, *Comentário*, anotação ao artigo 86.º e a literatura nela citada e, em particular, a crítica sistémica e de política criminal de FIGUEIREDO DIAS, 2008, HENRIQUES GASPAS, 2008, e COSTA ANDRADE, 2009.

ser lidas quando tenham sido feitas perante autoridade judiciária com assistência de defensor e o arguido tenha sido informado nos termos e para os efeitos do disposto na alínea *b*) do n.º 4 do artigo 141.^o Mais recentemente, esta tendência foi exacerbada pelo acórdão de fixação de jurisprudência do STJ 8/2017, que determinou que as declarações para memória futura, prestadas nos termos do artigo 271.^o do CPP, não têm de ser obrigatoriamente lidas em audiência de julgamento para que possam ser tomadas em conta e constituir prova validamente utilizável para a formação da convicção do tribunal, nos termos das disposições conjugadas dos artigos 355.^o e 356.^o, n.º 2, alínea *a*), do mesmo Código.

5. As consequências destas sucessivas alterações legislativas e jurisprudenciais do paradigma inicial do CPP deixam-se facilmente antever. Todas elas concorrem, de um modo ou de outro, para uma antecipação crescente da litigiosidade para a fase inicial do processo, uma menorização evidente da fase de instrução e, enfim, a tentação de deslocação dos atos mais importantes de direção do inquérito para dossiês administrativos estranhos ao mesmo.

6. Um dos pilares do novo paradigma processual penal assentava na autonomia externa do MP, quando exercesse as suas competências no processo penal e, sobretudo, na fase de investigação do crime³. É importante lembrar as opiniões consentâneas de José Luís Nunes (PS) e Barbosa de Melo (PPD) na assembleia constituinte, bem como de Almeida Santos (PS) e Assunção Esteves (PSD) na revisão constitucional de 1989⁴. Os dois partidos mais representativos da assembleia constituinte e da assembleia com poderes constituintes que aprovou a revisão constitucional de 1989 tinham uma visão clara sobre a autonomia externa do MP.

7. Na assembleia constituinte, os Deputados dos dois maiores partidos manifestaram-se neste sentido:

- José Luís Nunes (PS): «Nós temos muitas dúvidas que o Ministério Público seja um órgão autónomo, que funcione junto dos tribunais. [...] É evidente que a Comissão de Redacção, quando diz que é um órgão autónomo, não quis certamente, pôr em causa o carácter da magistratura hierarquizada.»
- Barbosa de Melo (PPD): «O Partido Popular Democrático considera que esta disposição que está em discussão, a disposição apresentada pela Comissão, toca, duas ideias que parecem, na verdade, fundamentais, na correcta estruturação do Ministério Público. Por um lado, **o princípio da autonomia, que nós entendemos no sentido de conferir ao cargo constituído pelo Ministério Público uma independência perante os poderes políticos**. Independência essa que é, aliás, assegurada depois numa disposição no artigo 22.^o, em que se declara, que o Ministério Público dependerá da Procuradoria-Geral da República. **Parece importante, na verdade, que a perseguição dos crimes ou a luta contra a criminalidade não dependa necessariamente das opções políticas**

² Para um balanço crítico da reforma de 2013, ver PAULO SOUSA MENDES, 2014, 48 e 49.

³ Como diz CUNHA RODRIGUES, «[é] útil esclarecer que a questão da autonomia do Ministério Público esteve, desde a origem, associada a uma certa concepção sobre o processo penal.» (CUNHA RODRIGUES, 2005, 59).

⁴ Sobre a importância da discussão da assembleia constituinte para o futuro do MP, ver CUNHA RODRIGUES, 2005, 52 e 53.

concretas feitas pelo Governo em cada momento. Que isto deve resultar da legalidade em geral e, da consciência do corpo de magistrados ou de agentes do Ministério Público, que procurarão pôr em prática essa legalidade. Por outro lado, o texto da Comissão aponta para uma ideia que nos parece também importante. E é a ideia de se dizer que o Ministério Público só tem sentido, só funciona, só actua na órbita dos tribunais. Quer dizer, o Ministério Público não se pode arvorar num qualquer órgão que proceda à gestão de outras tarefas do Estado que nada tenham a ver com o Poder Judicial, nomeadamente não pode encabeçar, não pode dirigir nenhuma, polícia que não seja a polícia criminal. [...] Entende o Partido Popular Democrático agora, e suponho que o entenderá depois também que o Ministério Público deve ser estruturado por forma que a intervenção dos juizes não esteja dependente da pressão indirecta que durante muitos anos, durante muitas décadas neste país, se fez através do Ministério da Justiça e sobre e por intermédio dos agentes do Ministério Público.»

- José Luís Nunes (PS): «Nós entendemos que o Ministério Público ou os delegados do Ministério Público não são necessariamente, ou melhor, não são de forma nenhuma simples funcionários públicos. Eles são, efectivamente, magistrados. Depois entendemos que o melhor dos méritos que certamente cabe a toda a Comissão, que dentro deste ponto é omitir, ou não confundir, a função de delegado do Ministério Público com a qualificação do agente. Quer dizer, pode perfeitamente acontecer que haja delegados do Ministério Público que sejam juizes de direito. [...] Sendo o Ministério Público necessariamente, ou muitas vezes, o advogado do Estado, **pode acontecer que em determinado processo de acusação o Estado entenda que a acusação deve ser conferida não àquele delegado do Ministério Público em concreto que exerce as funções normais, mas a um outro que lhe dá melhores garantias de competência, de estabilidade, etc.** É preciso dizer-se que este método ou este princípio é praticamente comum em relação a todas as legislações. [...] Ora, parece-me que nós deveríamos ter uma posição muito clara contra a transferência e, digamos, certas regalias dos magistrados do Ministério Público, deixando evidentemente em aberto, porque está prevista na lei, **a possibilidade de o procurador-geral da República ou o Estado ou o Ministério da Justiça – a lei dirá como é – vir no processo tal dizer que a acusação deve ser feita não por um delegado titular, mas por um delegado do círculo ou por um delegado limítrofe ou por outro delegado qualquer, porque está, efectivamente, em melhores condições para o fazer.** [...] Ora, dá-nos ideia que desta forma nos aproximamos daquele ponto de vista que há pouco defendi, que foi o da manutenção do delegado do Ministério Público, da magistratura do Ministério Público, como magistratura hierárquica e responsável, mas em que essa hierarquia e essa responsabilidade estejam necessariamente vinculadas à norma geral e abstracta, previamente definida, que é, efectivamente, a lei.»
- Barbosa de Melo (PPD): «[...] **A parte final desta proposta, onde se estabelece que os agentes do Ministério Público não poderão ser transferidos, suspensos, aposentados ou demitidos, não tem a ver muito com a posição de cada agente do Ministério Público em relação aos processos em que intervêm. Do que se trata aqui, e em rigor, é de garantir a independência pessoal do agente do Ministério Público. Saber que ele goza de um estatuto que não depende**

do arbítrio de ninguém. A sua permanência nessa qualidade de funcionário público, que é o agente do Ministério Público, que as transferências não podem ser feitas por arbítrio de ninguém, nem ele pode perder a condição de agente por disposições, por boas ou más digestões de quem o dirige.»

- José Luís Nunes (PS): «**Gostava de dizer o seguinte: Em primeiro lugar, que a interpretação que o Sr. Deputado Barbosa de Melo dá das nossas palavras é exactamente aquela que nós queremos dar.**»⁵

8. Na Comissão Eventual para a Revisão Constitucional, em 1988, o Deputado Almeida Santos (PS) rejeitou um reforço da autonomia interna do MP, salientando a distinção entre a magistratura judicial e do Ministério Público, tendo obtido o acordo da Deputada Assunção Esteves (PSD):

- José Magalhães (PCP): «No n.º 2 proclamamos a autonomia do Ministério Público. Parece-nos fundamental que haja uma transposição desse princípio hoje constante do n.º 1 do artigo 2.º da Lei Orgânica do Ministério Público, Lei n.º 47/86, de 15 de Outubro [...]»
- Almeida Santos (PS): «Quanto ao n.º 2, não sou, como se calcula, contra porque fui eu que defini no novo estatuto orgânico do Ministério Público o seu actual grau de autonomia. Antes, estava na dependência da tutela do Ministério da Justiça. **Mas alguma diferenciação tem de haver entre os magistrados judiciais e os do Ministério Público. É essa uma das razões por que as magistraturas são separadas. Enquanto os juizes dos tribunais judiciais são irresponsáveis e não subordinados hierarquicamente, os agentes do Ministério Público são magistrados responsáveis e hierarquicamente subordinados. Não pode deixar de ser assim, sob pena de criarmos mais problemas do que os que resolvemos. O Ministério Público deve ter um grau de autonomia compatível com o exercício eficaz das suas funções, mas não nos esqueçamos que ele representa o Estado nos tribunais e, portanto, é justo que algum cordão umbilical, por mais ténue, fique a ligar o representante e o representado.** O que agora se propõe é a total autonomia em relação aos órgãos do poder central, regional e local e exclusiva vinculação a critérios de legalidade e objectividade. Isto está na lei; salvo erro, isso é uma formulação que já vem da lei orgânica do Ministério Público de que fui responsável. Isso não impede que nesse mesmo estatuto se diga que eles são magistrados responsáveis e hierarquicamente subordinados. Gozam, no entanto, das garantias de inamovibilidade, etc... Mas sempre com uma ponte a ligar o representante ao representado.»
- Assunção Esteves (PSD): «**Não queria alongar-me muito, porquanto todas as observações feitas pelo Sr. Deputado Almeida Santos são consideradas, da nossa parte, extremamente pertinentes e, portanto, subscrevo-as desde já.**»
- Almeida Santos (PS): «Por outro lado, queria dizer o seguinte: esta querela entre o grau de autonomia do Ministério Público é uma querela que se instalou a partir do momento da lei em vigor, da autoria do governo em que eu fui ministro da justiça. Dentro desse mesmo governo, o grau de autonomia do Ministério Público então consagrado encontrou resistências, as mais vivas, da

⁵ DAR, Série I, n.º 100, 7 de janeiro de 1976, pp. 3241 ss. (com negrito nosso).

parte, até, de antigos ministros da justiça. Nessa altura, encontrei-me exactamente na posição de V. Exa., a defender o grau de autonomia do Ministério Público, consagrado na minha proposta de lei, contra aqueles que queriam uma maior vinculação aos órgãos de soberania – que, normalmente, seria o ministro da justiça. Penso que o equilíbrio que se encontrou e a maneira como as coisas têm corrido, desde então, prova que a dosagem está certa. **Tenho dúvidas sobre se o reforço da autonomia, sobretudo se consagrado nos termos que aqui se propõem, não viria a transformar o Ministério Público numa magistratura semelhante à magistratura judicial, o que a descaracterizava como representante dos interesses do Estado e seu representante na acção penal. [...] Assim, não podemos consagrar aqui uma autonomia em pé de igualdade com a dos magistrados judiciais.»**⁶

9. No plenário, o mesmo Deputado Almeida Santos (PS), reconhecendo que não foi possível encontrar um consenso sobre a noção constitucional de autonomia, concluiu: «Por outro lado, o artigo 224.º consagra a autonomia, nos termos da lei, do Ministério Público, que, como se sabe, hoje só gozava de estatuto próprio. Já se entendia que o Ministério Público gozava de um certo grau de autonomia. **Não foi possível chegarmos a acordo sobre a definição dessa autonomia na Constituição. Remete-se para a lei, mas fica constitucionalmente consagrada a afirmação de que se trata de um órgão autónomo.** A Procuradoria-Geral da República também deixa de ser uma entidade vaga e indefinida como hoje é. Hoje dizia-se só «goza de estatuto próprio». Agora passa-se a dizer que a lei determina as regras da composição e competência da Procuradoria-Geral da República, que ela compreende um Conselho Superior de Ministério Público, que hoje só existe previsto na lei ordinária, e que este inclui membros eleitos pela Assembleia da República, o que é um reforço da garantia da sua autonomia, e membros de entre si eleitos pelos magistrados do Ministério Público.»⁷

10. Em face dos trabalhos parlamentares, parece evidente que o conceito de autonomia foi consagrado enquanto proibição de heterodeterminação pelo poder político, ou seja, na sua vertente externa, mas não enquanto garantia da «posição de cada agente do Ministério Público em relação aos processos em que intervém», como se de «uma autonomia em pé de igualdade com a dos magistrados judiciais» se tratasse⁸. Portanto, a consagração de uma autonomia interna do MP que reconhecesse a cada Magistrado do MP titular do inquérito uma autonomia técnica absoluta contrariaria o propósito do legislador constituinte, num duplo sentido. Por um lado, ela implicaria uma atomização do poder funcional do MP e, por conseguinte, uma desconcentração radical do poder processual que o legislador constituinte

⁶ DAR, II Série n.º 49-RC, 22 de outubro de 1988, pp. 1545 ss. (Comissão Eventual para a Revisão Constitucional, com negrito nosso).

⁷ DAR, Série I, n.º 85, 23 de maio de 1989, p. 4135 (plenário, com negrito nosso). Mais tarde, Almeida Santos escreveu o seguinte: «Onde fomos determinados, para podermos ser coerentes, foi ao estabelecermos que o Ministério Público gozava de autonomia, em relação aos demais órgãos do poder, central, regional e local. A Constituição não o dizia expressamente, mas viria mais tarde a reconhecer-nos razão.» (Almeida Santos, 1998, 11)

⁸ Sobre este conceito de autonomia, ver PAULO ALBUQUERQUE, *Comentário*, anotação ao artigo 48.º e os textos nele citados. Como reconhece também LUÍS FÁBRICA, 2019, 153 e 154, este foi o entendimento adotado pelo acórdão do TC 305/2011. Voltaremos a este assunto adiante.

manifestamente não quis. Por outro, ela implicaria correspondentemente uma maior intervenção do juiz de instrução na fase de inquérito, sobretudo em relação a decisões interlocutórias do Magistrado do MP titular do inquérito com efeitos diretos nos direitos e interesses dos sujeitos e interessados processuais e de terceiros⁹, o que criaria um risco sistémico para o já assinalado equilíbrio de poder entre o MP e o juiz de instrução inerente ao princípio do acusatório, tal como ele ficou plasmado no artigo 32.º, n.º 5, da CRP, e no artigo 2.º (4) da lei de autorização legislativa, que esteve na base do CPP¹⁰.

11. Por isso, é tecnicamente incorreto considerar o inquérito como um mero processo administrativo especial, conduzido diante dos serviços da Administração Pública, para daí retirar a conclusão de que não há incompatibilidade entre a relação jurídica de subordinação hierárquica entre o hierarca e o Magistrado titular do inquérito e a relação jurídica processual penal¹¹. Com efeito, não há qualquer incompatibilidade entre aquelas relações, não porque o inquérito seja um mero processo administrativo especial, mas antes porque o inquérito é uma fase do processo penal conduzida por uma autoridade judiciária, constitucionalmente organizada como uma Magistratura hierarquizada. Aliás, mesmo nas formas especiais de processo, em que não há inquérito (processo sumário) ou pode não haver inquérito (processo abreviado e processo sumaríssimo), toda a atuação do MP prévia à intervenção do tribunal é já parte integrante do processo penal, obedecendo às suas finalidades constitucionais (artigo 32.º da CRP), que não se confundem com os princípios constitucionais a que obedece a Administração Pública (artigo 266.º da CRP)¹².

12. Posto em modo apodfítico, a autonomia técnica absoluta do Magistrado titular do inquérito poria em causa a principal conquista do 25 de Abril no processo penal, isto é, a consagração do princípio do acusatório em sentido material e não apenas formal, e, por arrastamento, a própria dignificação do MP como sujeito processual no processo penal alcançada com o novo CPP¹³. Por isso, Rodrigues Maximiano proclamava, no já longínquo dia de 15 de maio de 1982, no primeiro congresso do Ministério Público, que «[o] estatuto constitucional do MP consagra-o como autónomo do Executivo, independente e paralelo em relação à magistratura judicial. [...] O novo MP constitucionalmente consagrado tem na autonomia a maior conquista democrática no âmbito judiciário [...]»¹⁴.

⁹ A Lei n.º 43/86, de 26 de dezembro, no seu artigo 2.º (45) já previa a «Existência de um inquérito preliminar, a cargo do Ministério Público, coadjuvado pelos órgãos de polícia criminal, com a finalidade de investigar a notícia do crime e de proceder às determinações inerentes à decisão de acusação ou não acusação, definindo-se, nestes termos, ser o inquérito bastante para a introdução do feito em juízo; tornando-se necessária a prática de actos que directamente se prendam com os direitos fundamentais das pessoas, tais actos deverão ser presididos, praticados ou autorizados pelo juiz, o qual terá para o efeito na sua disponibilidade os órgãos de polícia judiciária».

¹⁰ A Lei n.º 43/86, de 26 de setembro, no seu artigo 2.º (4) previa o «estabelecimento da máxima acusatoriedade do processo penal, temperada com o princípio da investigação judicial».

¹¹ Como conclui, com razão, LUIS FÁBRICA, 2019, 89.

¹² Ver PAULO ALBUQUERQUE, *Comentário*, anotação ao artigo 262.º

¹³ Veremos adiante que esta leitura da vontade dos constituintes é partilhada pelo TC.

¹⁴ RODRIGUES MAXIMIANO, 1984, 109 e 110, e com maior profundidade, 2008, 178 a 189 (em umas alegações de recurso para o STJ de 28 de novembro de 1989).

2. A autonomia interna e a hierarquia no CPP

13. O CPP prevê alguns casos de intervenção hierárquica: a decisão sobre impedimentos, recusas e escusas dos magistrados do Ministério Público (artigo 54.º do CPP), a decisão sobre reclamações relativas à remuneração de intérprete ou de perito que tenha participado em atos da sua competência (artigos 92.º, n.º 8, e 162.º, n.º 3, do CPP, respetivamente), a decisão sobre pedidos de aceleração processual de processos sob a sua direção (artigos 108.º e 109.º do CPP), a decisão sobre conflitos de competência (artigo 266.º, n.º 3, do CPP), a decisão do superior hierárquico avocar o inquérito (artigo 276.º, n.º 7, do CPP), a decisão do PGR determinar, *ex officio* ou a requerimento, a aceleração processual (artigo 276.º, n.º 8, do CPP), a decisão de determinar que seja formulada acusação ou que as investigações prossigam, com indicação das diligências a efetuar e do prazo para o seu adimplemento (artigo 278.º do CPP) e, finalmente, a decisão das reclamações do despacho que deferir ou recusar a reabertura do inquérito com base em novos elementos de prova, que invalidem os fundamentos invocados no despacho de arquivamento (artigo 279.º do CPP).

14. Em relação a estas decisões do hierarca, não há direito de desobediência [artigo 110, n.º 6, al. *a*), do EMP] e não há um segundo grau de reclamação das decisões proferidas pelo magistrado do MP coordenador [art. 75.º, n.º 1, al. *g*), do EMP] para o Procurador-Geral Regional [art. 58.º, n.º 1, al. *f*), do EMP].

15. Na perspetiva do CC da PGR, comungada pela Diretiva da PGR, estas decisões constituem um *numerus clausus* de casos de exercício do poder de supervisão (modificação ou revogação do ato sindicado), regulando mais relações de terceiros com o MP do que relações do titular do inquérito com a hierarquia do MP¹⁵. Contudo, o CC tem estas competências em pouca conta, porque «para além de serem provocadas e não oficiosas, em nada contribuem para a execução da política criminal definida pelos órgãos de soberania, para o completo exercício da ação penal orientada pelo princípio da legalidade e para a defesa da legalidade democrática... revelam uma estrutura reativa e incapaz, sequer, de impor uniformidade de procedimentos e de entendimentos»¹⁶. Ou seja, estas competências são a expressão de uma «hierarquia raquítica, sem grandes poderes processuais, [...], uma hierarquia passiva e desprovida de mecanismos processuais efetivos», no dizer do CC¹⁷. A estes poderes menores acresce, ainda na perspetiva do CC, um poder de supervisão fora do CPP sobre a decisão de não abrir inquérito, contra o disposto no artigo 262.º, n.º 2, do CPP. Como não há inquérito também não funciona aquela limitação legal (isto é, o *numerus clausus*) do poder de supervisão, nada impedindo o superior hierárquico de revogar tal decisão¹⁸.

16. Na verdade, o CPP prevê uma intervenção controladora e conformadora muito significativa do hierarca no inquérito, podendo até ser resolutive de conflitos com privados (por exemplo, artigos 54.º, n.º 2, 92.º, n.º 8, e 162.º, n.º 3, do CPP), mas

¹⁵ Parecer do CC 33/19, pontos 2.1 e 3.1. Opondo-se a este entendimento, LUÍS FÁBRICA, 2019, 88, pelo menos no que toca ao artigo 278.º do CPP, que considera tratar-se de uma manifestação do poder de direção e não do poder de supervisão.

¹⁶ Parecer do CC 33/19, ponto 3.3.

¹⁷ Idem, *ibidem*.

¹⁸ Parecer do CC 13/99, ponto 3.5.

é omissa na regulamentação dos incidentes de reclamação hierárquica em que o hierarca é chamado a exercer o seu poder. Não há regras gerais para estes incidentes sobre a delimitação do objeto da reclamação, a legitimidade do reclamante, o prazo da reclamação, o efeito da interposição da reclamação na decisão reclamada e no processo, o âmbito do poder de sindicância da decisão reclamada pelo hierarca e o efeito de caso julgado sobre a questão decidida¹⁹. É a justiça a olho, cada hierarca faz como lhe aprouver, porque o legislador se demitiu da sua função. Nem mesmo a competência do tribunal para conhecer da nulidade dos atos processuais do hierarca realizados durante e no inquérito é indiscutível²⁰. A penúria normativa não permite tirar quaisquer conclusões seguras relativas à natureza de *numerus clausus* ou *apertus* dos casos de intervenção hierárquica previstos no CPP. Só uma leitura do CPP à luz da Constituição pode auxiliar o intérprete, enquanto o legislador não assumir a sua responsabilidade e suprir a lacuna da lei vigente²¹.

17. Em rigor, a discussão sobre os incidentes de reclamação hierárquica previstos no CPP enquanto manifestações do poder de supervisão não contende com o tema *sub judice* do reconhecimento do poder diretivo do hierarca de dar ordens concretas ao titular do inquérito, pois não há que confundir o poder de dar ordens e o poder de supervisão. Mais: não cabe argumentar que, se o legislador sentiu necessidade de expressamente consagrar normas esparsas relativas a incidentes concretos de reclamação hierárquica foi porque, se o não fizesse, ela não seria admissível, pela mesma razão que a regra da recorribilidade geral das decisões judiciais não obsta à existência de normas esparsas no CPP que preveem a recorribilidade de certos despachos judiciais (ver por exemplo, artigo 219.º). No CPP, não há um direito irrestrito ao recurso de todos os despachos judiciais que afetem os interesses e direitos dos sujeitos e interessados processuais, pois, nas palavras do acórdão do TC 31/87, admite-se que a faculdade de recorrer possa «ser restringida em certas fases do processo e que, relativamente a certos actos do juiz, possa mesmo não existir». O mesmo vale, até por maioria de razão, para a reclamação hierárquica dos atos do Magistrado do MP titular do inquérito.

18. Já em 1995, o então Procurador-Geral-Adjunto Eduardo Maia Costa se queixava, com razão, de que «[a] lei é omissa quanto às formalidades a que deve obedecer o exercício dos poderes directivos»²². A sua voz não estava isolada. O então Procurador-Geral-Adjunto António Cluny insistia na mesma tecla: «é exactamente neste campo que se impõe uma clarificação objetiva das possibilidades de intervenção hierárquica no âmbito ou visando actuações processuais concretas [...]»²³. Passados 25 anos, a situação não mudou. O CPP continua a ser omissa e a omissão não foi suprida pela nova redação do EMP, como se verá em seguida.

¹⁹ Já assim, PAULO ALBUQUERQUE, *Comentário*, anotação 6 a 11 do artigo 48.º

²⁰ Ver PAULO ALBUQUERQUE, *Comentário*, anotação 13 ao artigo 54.º e anotação 5 ao artigo 118.º

²¹ Ver PAULO ALBUQUERQUE, *Comentário*, anotação ao artigo 48.º

²² MAIA COSTA, 1995, 155.

²³ ANTÓNIO CLUNY, 1997, 106.

3. A autonomia interna e a hierarquia no EMP e na legislação extravagante

19. A Lei 68/2019, de 27 de agosto, acrescentou um novo n.º 4 no artigo 97.º, estipulando que «[a] intervenção hierárquica em processo de natureza criminal é regulada pela lei processual penal», e no artigo 100.º um novo n.º 2 estipulando que «[a] intervenção processual do superior hierárquico efetua-se nos termos do presente Estatuto e da lei de processo». Na Exposição de Motivos da Proposta de Lei n.º 147/XII ficou expresso que «[a] intervenção agora proposta visa primordialmente fortalecer os parâmetros constitucionais que caracterizam a magistratura do Ministério Público, nomeadamente a sua autonomia, interna e externa». Qual o sentido deste fortalecimento? Por outro lado, afirma-se que «[c]larifica-se a estrutura hierárquica do Ministério Público, que constitui um dos traços essenciais do desenho constitucional desta magistratura». Mas qual o sentido desta clarificação? Os elementos literal e sistemático de interpretação pouco auxiliam o intérprete, dada a deficiente técnica legislativa adotada.

20. A autonomia interna tem no EMP duas decantações específicas: a vinculação dos Magistrados MP a critérios de legalidade e objetividade e a sua exclusiva sujeição às diretivas, ordens e instruções previstas na lei, com salvaguarda da sua consciência jurídica. É apenas o sentido da segunda decantação que está em causa no presente parecer.

21. O EMP não define diretivas, instruções e ordens, embora reserve as primeiras ao PGR e ao CSMP²⁴. O artigo 14.º indica taxativamente os Magistrados do MP que detêm «poderes de direção, hierarquia e, nos termos da lei, intervenção processual». Nenhum argumento se pode retirar da distinção entre poderes de direção e intervenção processual, dado o carácter manifestamente inepto da redação do artigo²⁵. Estranhamente, os conceitos de direção e hierarquia são separados como se esta não incluísse aquela. Mais: a «intervenção processual» é um conceito autónomo em face dos conceitos de direção e hierarquia, parecendo que aquela intervenção pode ter lugar à margem dos poderes de direção e fora do âmbito da relação hierárquica. A necessidade de lei habilitadora apenas para efeitos da «intervenção processual» deixa a direção e a hierarquia desamparadas, como se fossem livres da lei. Por fim, a disposição inclui na lista o Vice-Procurador-Geral da República, não obstante este não ter quaisquer competências próprias, antes apenas aquelas que o PGR nele delegar.

22. A inépcia do legislador não se fica por aqui. O artigo 97.º refere-se ao poder de «intervenção hierárquica», os artigos 14.º, n.º 1, e 100.º, n.º 2, ao poder de «intervenção processual» do superior hierárquico e os artigos 14.º, n.º 2, e 67.º, n.º 6, aos «poderes de hierarquia processual», sem justificação para tal distinção linguística e categorial. Aliás, o EMP utiliza indistintamente a terminologia «hierarquia» (artigos 14.º, n.º 1, e 97.º, n.º 3), «hierarquia processual» (artigos 14.º, n.º 2, e 67.º, n.º 6) e «via

²⁴ Foi a Diretiva da PGR 5/2014, como se verá adiante, que ensaiou pela primeira vez esta definição.

²⁵ A propósito desta disposição veja-se LUÍS FÁBRICA, 2019, 84 e 87, que não poupa o legislador, referindo-se a um «panorama terminológico e conceptual já complexo e sobrecarregado», um «novo de conceitos», que suscita «interrogações diversas», chegando mesmo a afirmar que parte da norma «é algo enganadora». Também o parecer do CC 33/19, ponto 3.1, se refere à «imprecisão linguística» desta disposição.

hierárquica» [artigos 100.º, n.º 6, al.ª a), 120.º, n.º 9]. Neste contexto de caos linguístico e conceptual, é temerário retirar qualquer argumento da expressão «intervir hierarquicamente nos inquéritos, nos termos previstos no Código de Processo Penal» quando se define a competência do PGR [artigo 19.º, n.º 2, alínea g)], do Diretor do DCIAP [artigo 59.º, n.º 1, alínea c)], do Procurador-Geral Regional [artigo 58.º, n.º 1, alínea f)], do Diretor do DIAP regional [artigo 72.º, alínea b)], do Magistrado do MP Coordenador de comarca [artigo 75.º, n.º 1, alínea g)] e do Diretor do DIAP [artigo 87.º, alínea b)]. Inexplicavelmente, o mesmo legislador define a competência dos dirigentes de secção de DIAP, tendo por referência as «decisões previstas nas leis de processo» [artigo 83.º, n.º 3, alínea c)]. Nenhum critério objetivo justifica esta distinção linguística, o que revela o nível de cuidado técnico do legislador na redação do EMP. E o intérprete não deve pretender que a lei é clara quando lhe é conveniente e é insolúvel quando lhe é inconveniente. Se a lei não é clara, seja por inabilidade involuntária do legislador seja pela sua falta de vontade política de optar por um modelo hierárquico transparente ou por um modelo autonómico radical, o intérprete deve proceder com todo o cuidado na utilização de argumentos literais ou sistemáticos.

23. A interpretação menos arriscada deste conjunto de disposições será, com toda a álea que a imprecisão terminológica do legislador e a sua periclitante arquitetura de conceitos básicos implicam, a de que as menções à intervenção hierárquica nos inquéritos, nos termos previstos no CPP, se reportam apenas e tão-só ao exercício dos poderes do hierarca de sindicância de decisões prévias tomadas pelo titular do inquérito nos termos do CPP, tais como as dos artigos 92.º, n.º 8, 162.º, n.º 3, 278.º e 279.º Estas disposições não são pertinentes para a discussão sobre o poder do hierarca dar ordens genéricas para uma categoria mais ou menos ampla de processos como também não o são para a discussão paralela sobre o poder do hierarca dar ordens concretas destinadas a ter efeitos num processo determinado, como faculdades intrínsecas e inerentes ao seu poder diretivo, ou no dizer de Figueiredo Dias, como competência que «decorre da própria natureza das funções de superior hierárquico por ele exercidas»²⁶.

24. É certo que o novo n.º 5 do artigo 97.º dispõe que «[...] as decisões finais proferidas pelos magistrados do Ministério Público em procedimentos de natureza não criminal podem ser objeto de reapreciação pelo imediato superior hierárquico». Mas nenhum argumento se pode retirar desta disposição atenta a diversa filosofia a que obedece a intervenção do MP como autoridade judiciária no processo penal, em que o MP é o titular de uma fase do próprio processo e cujas decisões interlocutórias têm ou podem ter efeito direto nos direitos e interesses dos privados, sem qualquer equivalente com a posição tida pelo MP nos processos civil, laboral, administrativo e outros.

25. É também certo que o EMP introduziu regras sobre a reafetação do magistrado (artigo 77.º), a afetação de processos (artigo 78) e as substituições (artigo 81.º), mas os artigos 76.º a 81.º estão sistematicamente enquadrados no local errado, pois tais normas respeitam a todo o Ministério Público e não apenas às procuradorias da República de comarca. A existência destas normas em nada prejudica o poder do

²⁶ FIGUEIREDO DIAS, 1973, 175. No seu manual, o Autor era ainda mais explícito: «Quanto ao poder de direcção concreto interno não pode suscitar – nem tem suscitado – qualquer objecção de princípio.» (1974, 378).

hierarca dar ordens concretas ao titular de um determinado processo, não podendo alegar-se que este poder torná-las-ia despidiendas. Se esta alegação fosse procedente, provaria demais, pois implicaria a exclusão de quaisquer ordens concretas do hierarca, incluindo ordens sobre a organização e a operacionalidade dos serviços ou sobre a coordenação entre inquéritos distintos. Pelo contrário, o argumento da existência destas normas sobre reafetação do magistrado, afetação de processos e substituições pode ser revertido, isto é, a existência destas normas pode ser invocada por maioria de razão em favor do mencionado poder diretivo do hierarca, pois quem pode o mais (avocar o processo ou redistribuí-lo) pode, *rectius*, deve ter o poder para o menos (dar uma ordem concreta sobre o modo de condução do processo), sendo dificilmente compreensível, se não mesmo absurdo, o conceito de hierarquia inerente a uma conceção que não permitisse o menos mas permitisse o mais ao hierarca.

26. De igual modo, a tipificação legal dos casos de avocação e dos seus fundamentos (artigo 276.º, n.º 8, do CPP e artigos 92.º, n.ºs 1 e 2, e 100.º, n.º 5, do EMP) não é inútil, em face do dito poder diretivo do hierarca, pois ela serve de válvula de escape para evitar o «primado dos inexperientes»²⁷, isto é, ela é imprescindível para garantir que o hierarca possa fazer valer o seu ponto de vista sobre o do inferior hierárquico que recusa a ordem. Não pode, pois, pretender-se que no MP existe um controle difuso e definitivo da conformidade ao Direito dos comandos recebidos pelo Magistrado titular do inquérito²⁸. É que o hierarca pode sempre avocar o processo ou substituir o seu titular, em caso de recusa da ordem, e esta é uma garantia fundamental da hierarquia ao serviço dos princípios da legalidade e da objetividade. A experiência mostra infelizmente que os desvios à legalidade e à objetividade também podem provir de uma atuação desnorteada do Magistrado titular do inquérito. Independentemente dos casos de responsabilidade disciplinar por recusa injustificada da ordem, o titular do inquérito nunca tem, nem deve ter, o controle definitivo da legalidade. Em rigor, nem o hierarca tem esse controle definitivo, pois ele compete aos tribunais, como última instância para dizer o Direito e, portanto, para determinar que uma ordem foi ilegal²⁹, como o foi o ato realizado com base nela.

27. Por fim, o reconhecimento do mencionado poder diretivo do hierarca não torna inútil o regime da aceleração processual. É sabido que a competência para dela conhecer pertence em exclusivo ao PGR e ele não tem o poder de determinar a prática de quaisquer atos pelo Magistrado titular do inquérito. Mas a aceleração processual tramitada diante do PGR não prejudica em nada os poderes do imediato

²⁷ A expressão é de HÖRST HUND, *apud* MEDEIROS E MOUTINHO, 2009, 33.

²⁸ LUÍS FÁBRICA, 2019, 93, mas contra HENRIQUES GASPAS, cuja solução em favor da prevalência da hierarquia em caso de desobediência do Magistrado titular do inquérito vai muito para além do poder do hierarca de avocação e de substituição, como veremos adiante em detalhe.

²⁹ Por exemplo, é ilegal a ordem estranha à estrutura piramidal do MP, como a que seja dada por um procurador-geral regional de um distrito judicial diferente do procurador da república destinatário da mesma. O exemplo é dado em PAULO ALBUQUERQUE, *Comentário*, anotação 5 ao artigo 48.º, e repetido por PAULO DÁ MESQUITA, no *Comentário Judiciário*, anotação 7 ao artigo 53.º Como é ilegal a ordem do hierarca para que o titular do inquérito não pondere uma prova favorável ao arguido na sua decisão sobre se deve acusar. O exemplo é dado por FIGUEIREDO DIAS, 1974, 370, 379 e 380.

superior hierárquico do titular do inquérito, como a aceleração processual tramitada diante do CSM não prejudica os poderes da Relação sobre a decisão do juiz de primeira instância. Nas palavras de Cunha Rodrigues, «o apelo ao último grau da hierarquia (em paralelismo com o Conselho Superior da Magistratura) parece ter tido por objectivo dotar o mecanismo de aceleração de uma via célere e dotada de eficácia executória»³⁰. Este e apenas este terá sido o objetivo do dito mecanismo.

28. Mais: tal como o poder de ordenar oficiosamente ou a requerimento a aceleração processual não torna o PGR corresponsável por todos os inquéritos que correm no país, também o poder diretivo do hierarca dar ordens concretas num processo determinado não converte o hierarca, incluindo o PGR no caso em que é hierarca, em corresponsável por todos e quaisquer processos concretos, muito menos direta e pessoalmente responsável por todas as decisões proferidas em todos os processos conduzidos pelos seus inferiores hierárquicos, pelo menos por omissão, por não as ter impedido ou revogado³¹.

29. O EMP prevê outros exemplos de poderes diretivos do hierarca com efeitos na condução do inquérito: a criação de equipas conjuntas de investigação [artigos 59.º, n.º 1, al. j), 70.º, n.º 5, 72.º, al. e), 83.º, n.º 4, 85.º, n.º 7 e 90.º, n.º 3, do EMP], a nomeação para coadjuvar ou substituir outro magistrado (artigo 92.º do EMP), a reafecção de magistrados e de processos [artigos 76.º, n.º 2, als. a) e b), 77.º e 78.º, do EMP], o deferimento de competência ao DCIAP (artigo 58.º, n.º 3, do EMP), aos DIAP regionais [artigo 71.º, n.º 1, al. b), do EMP] ou ao DIAP de comarca (artigo 71.º, n.º 2, do EMP). Acrescem ainda os poderes diretivos resultantes de outra legislação, como sejam o deferimento da investigação a órgão de polícia criminal (artigo 8.º da Lei n.º 49/2008, de 27 de agosto) ou a autorização para a realização de investigação patrimonial e financeira pelo Gabinete de Recuperação de Ativos (artigo 4.º, n.º 2, da Lei n.º 45/2011, de 24 de junho). Tudo concorrendo, portanto, para um amplo campo de exercício do poder diretivo do hierarca e, conseqüentemente, de conformação da relação jurídica processual penal pelo hierarca fora dos estritos cânones do CPP.

30. Pode, pois, concluir-se que o EMP não obsta a que o hierarca profira ordens concretas, escritas e fundamentadas, que se destinem a produzir efeitos num determinado processo, com base no seu poder diretivo. Na vida prática, esse poder diretivo concreto é, aliás, indispensável, por exemplo, na coordenação entre inquéritos distintos com objetos que se relacionem ou em que haja que realizar atos processuais (*v.g.*, meios de obtenção de prova, como buscas) que interessem a vários inquéritos. A este entendimento das coisas não se opõem as obrigações internacionais do Estado português, como se verá já em seguida.

4. A autonomia interna e a hierarquia no direito europeu e no direito penal internacional

31. A questão *sub judice* neste parecer já mereceu a atenção dos tribunais internacionais. O TJUE inicialmente decidiu que o artigo 8.º, n.º 1, alínea c), da

³⁰ CUNHA RODRIGUES, 1995, 24.

³¹ Sem prejuízo da responsabilidade do PGR na gestão dos inquéritos diante da lei de política criminal e em reação a inusitados surtos de criminalidade ver Francisca VAN DUNEM, 2014, 108 e 109.

decisão-quadro sobre o mandado de detenção europeu deve ser interpretado no sentido de que uma homologação por parte do MP húngaro de um mandado de detenção nacional, previamente emitido, para efeitos de um processo penal, por um serviço de polícia, constitui uma «decisão judiciária», na aceção da referida disposição³². Contudo, posteriormente, rejeitou o carácter de autoridade judiciária ao MP alemão quando ele deve obediência a ordens concretas do poder político no processo onde é emitido o mandado de detenção europeu e em relação a este³³, mas não quando obedece a ordens genéricas do poder político e a ordens concretas da hierarquia.

32. Por seu turno, o TEDH considera que os magistrados do MP não podem ser considerados como juiz ou «outro magistrado habilitado pela lei para exercer funções judiciais», para os efeitos do disposto no artigo 5.º, n.º 3, da CEDH, quando esses magistrados estejam subordinados ao procurador-geral e este por sua vez exerce as funções de Ministro da Justiça (como sucede na Polónia) ou está subordinado ao Ministro da Justiça (como na Roménia)³⁴. No caso francês, o TEDH chegou à mesma conclusão, porquanto os Magistrados do Ministério Público, embora pertençam à *ordre judiciaire*, têm um regime distinto dos juízes e, designadamente, não são independentes, encontrando-se sob o poder hierárquico do *garde des sceaux* (Ministro da Justiça)³⁵.

33. Ainda no seio do Conselho da Europa, a Opinião 13/2018 do Conselho Consultivo dos Procuradores Europeus aceita instruções genéricas e ordens concretas provenientes do superior hierárquico. Quanto às primeiras, admitiu-as desde que sejam *recommandations générales ou de lignes directrices/ directives sur l'application de la loi pour assurer la cohérence du droit et de la jurisprudence ou des priorités en matière de poursuites*. Quanto às segundas, admitiu-as com algum cuidado: *Si un procureur reçoit de sa hiérarchie des instructions individuelles qui semblent illégales ou non conformes au code de déontologie professionnelle, il ne devrait pas être contraint de s'y conformer et devrait avoir la possibilité de présenter ses raisons à sa hiérarchie*.

34. É, pois, seguro concluir que nem o direito da União Europeia nem o direito do Conselho da Europa, incluindo a CEDH, garantem a autonomia interna do MP³⁶, pelo que o modelo de intervenções decisórias concretas por hierarcas no inquérito não é incompatível com a qualificação de autoridade judiciária do Magistrado titular do inquérito, não sendo por isso suscetível de se repercutir no não preenchimento pelo MP português dos requisitos sobre esse conceito desenvolvidos pela jurisprudência do TJUE para efeitos do exercício de poderes reservados a autoridades judiciárias no auxílio mútuo para a investigação criminal entre Estados-membros da União. Esta conclusão é particularmente válida no contexto da Magistratura do MP portuguesa cuja pirâmide é encimada pelo PGR, que não deve obediência ao Ministro da Justiça nem a qualquer outro representante do poder político.

³² TJEU, C-453/16.

³³ TJEU, C-508/18.

³⁴ *Niedbala c. Polónia*, n.º 27915/95, 4 julho 2000, §§ 48-57, e *Pantea c. Roménia*, n.º 33343/96, 3 junho 2003, §§ 232-238.

³⁵ *Moulin c. França*, n.º 37104/06, 23 novembro 2010, §§ 53-62.

³⁶ Esta é, aliás, a situação na maioria dos países da União Europeia, como conclui PETER TAK, no estudo de direito comparado realizado em dois volumes (2005, I vol., 4 e 5).

35. Se a autonomia do MP é, pois, entendida em sentido restritivo pela jurisprudência europeia, há, contudo, um limite que ela não pode ultrapassar. Seja qual for a organização interna do MP, ela não pode servir como um véu opaco no processo penal. No direito europeu dos direitos humanos, é imperativo o respeito pela obrigação de *full disclosure* das peças processuais e extraprocessuais, à luz do disposto no artigo 6.º, n.º 1, da CEDH, desde que uma de três condições esteja reunida: se a peça foi tida em conta para efeitos da acusação, se continha elementos que permitiriam exonerar ou atenuar a responsabilidade dos suspeitos, ou se se referisse à admissibilidade, validade, credibilidade ou completude da prova já adquirida ou a adquirir³⁷. A obrigação de *disclosure* inclui dossiês e documentos administrativos, como relatórios da polícia, mesmo que o Magistrado do MP considere que o documento não é «relevante para o resultado do processo criminal» (*relevant for the outcome of the criminal case*)³⁸. Aliás, este princípio é aplicável a qualquer documento extraprocessual proveniente de terceiros à relação processual, como por exemplo, testemunhas³⁹.

36. A obrigação de *disclosure* de quaisquer dossiês, livros, documentos, fotos ou objetos tangíveis que o MP tenha na sua posse ou controlo e que possam ser relevantes para a preparação da defesa, quer venham a ser usados como prova quer não venham a sê-lo, é também a regra no direito internacional penal, como resulta do Estatuto de Roma⁴⁰, das Regras sobre Processo e Prova do Tribunal⁴¹ e da própria prática do TPI⁴².

5. O estado da questão na doutrina portuguesa

37. Embora dividida, a doutrina portuguesa maioritária tem um ponto de vista claro sobre o escopo da autonomia do MP e, em particular, sobre o poder do hierarca dar uma ordem concreta ao titular do inquérito superior destinada a produzir efeitos num determinado processo penal.

38. No Portugal democrático, o então Procurador-Geral-Adjunto Henriques Gaspar foi o primeiro Autor a construir um pensamento estruturado sobre esta questão. O Autor expôs o seu pensamento em três textos cristalinos, de 1992⁴³, 1994⁴⁴ e 1995⁴⁵. Tudo era claro para o Autor no tocante ao escopo do poder diretivo:

³⁷ TEDH, *Matanovic c. Croácia*, n.º 2742/12, § 161, 4 de abril de 2017.

³⁸ TEDH, *Kuopila c. Finlândia*, n.º 27752/95, § 37, 27 de abril de 2000.

³⁹ TEDH, *M.S. c. Finlândia*, n.º 46601/99, § 34, 22 de março de 2005.

⁴⁰ Artigos 61.º, n.º 1, al. b), 64.º, n.º 3, al. c), e 67.º, n.º 2.

⁴¹ Regra 77.

⁴² Por exemplo, *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, ICC Case No. 01/04-01/06, Decision on the Final System of Disclosure and the Establishment of a Timetable, Pre-Trial Chamber I, 15 May 2006, e *Prosecutor v. Bemba Gombo*, ICC Case No. 01/05-01/08-55, Decision on the Evidence Disclosure System and Setting a Timetable for Disclosure between the Parties, Pre-Trial Chamber III, 31 July 2008.

⁴³ «Impugnação das decisões do Ministério Público no inquérito», in *RMP*, ano 13, n.º 49, pp. 71 a 83.

⁴⁴ «Ministério Público, hierarquia e processo penal», in *RMP-cadernos*, n.º 6, 1994, pp. 79 a 91.

⁴⁵ «Especialização da investigação e competência extraterritorial: autonomia e limites de intervenção hierárquica», in *RMP*, ano 16, n.º 62, pp. 47 a 55.

«[c]omo princípio, o poder de direcção, tanto geral como concreto, pode ser exercido relativamente ao processo penal, não suscitando quaisquer objecções. Na verdade, fiscalizar e dirigir, dar aos agentes subordinados directivas, ordens e instruções, permite estabelecer certas orientações gerais de actuação ou quanto à interpretação da lei, mas comporta, também, a possibilidade orientações para a prática de actos com um certo conteúdo.»⁴⁶

39. Quanto ao elenco dos atos processuais não expressamente previstos no CPP que poderiam ser objeto de ordem do hierarca, Henriques Gaspar entrou em detalhe: «determinações sobre o melhor modo de conduzir e realizar o inquérito, sobre as diligências a efectuar, sobre as medidas cautelares a decidir ou a requerer, sobre a posição a defender na audiência, ou quanto à decisão de recorrer e posição a tomar no recurso, podem constituir instruções para o bom desempenho das funções, que integram o conteúdo do poder de direcção»⁴⁷.

40. Simultaneamente, o Autor recusava a existência de um poder de reclamação hierárquica pelos sujeitos ou interessados processuais no tocante ao «exercício da discricionariedade técnica – como o melhor modo de conduzir o inquérito, a escolha e administração da prova, a determinação do momento de recolha, a execução e a determinação à execução dos actos necessários», em que a visão do titular do inquérito seria «naturalmente insindicável»⁴⁸. Ainda recentemente, Henriques Gaspar admitiu a coordenação prévia dos magistrados «no âmbito interno da organização» para efeitos da definição da posição do titular do processo em relação à utilização do artigo 16.º, n.º 3, mas não a reclamação hierárquica fundada no uso indevido deste artigo pelo titular do processo⁴⁹.

41. Em síntese, para Henriques Gaspar a hierarquia do MP participa dos elementos integrantes do poder diretivo, isto é, «dar directivas, ordens, instruções necessárias ao bom desempenho das funções», o que «permite orientações para a prática de actos com certo conteúdo, ou para certa interpretação da lei»⁵⁰. É certo que o hierarca não dispõe do poder disciplinar, nem do poder de supervisão, no sentido de modificação ou revogação, fora dos casos previstos no CPP, dos atos processuais do titular do inquérito⁵¹. Mas os poderes diretivos do hierarca não se limitam a dar ordens concretas para a prática de atos processuais com um certo conteúdo, podendo ordenar a revogação, a modificação ou a substituição de um ato processual concreto pelo titular do inquérito. Nas palavras do Autor: «É certo que, dentro de certos limites, o próprio autor do acto pode modificá-lo. E pode modificá-lo no respeito a uma ordem ou instrução recebida. Mais deve modificá-lo ou substituí-lo, salvo invocação dos motivos excepcionais previstos na lei.» No entender do Autor, esta ordem para revogação ou substituição de um ato processual seria um «correlato do poder de direcção». Se o titular do inquérito não modificasse ou substituisse o ato, em desobediência à ordem para tal, sobriria o poder de avocação,

⁴⁶ HENRIQUES GASPAR, 1994, 86.

⁴⁷ HENRIQUES GASPAR, 1994, 89.

⁴⁸ *Idem*, 1992, 78, e de novo 1994, 81.

⁴⁹ *Idem*, 2014, 78.

⁵⁰ *Idem*, 1992, 78, e de novo, 1994, 81.

⁵¹ *Idem*, 1992, 78, e de novo, 1994, 81.

ainda segundo Henriques Gaspar⁵². Assim se compreende que em 1995 o Autor identificasse o princípio da autonomia do MP como uma autonomia «perante os outros órgãos do Estado e perante a magistratura judicial», e só perante estes, mas não perante a hierarquia⁵³.

42. À tese de Henriques Gaspar aderiram o próprio Procurador-Geral da República Cunha Rodrigues e o Procurador-Geral-Adjunto António Cluny.

43. Cunha Rodrigues pronunciou-se no sentido de que não haveria que distinguir o tratamento a dar às instruções genéricas e às ordens concretas na hierarquia do MP: «não há razões para distinguir, nos poderes directivos, os que se traduzem por instruções genéricas e os que se concretizam em instruções específicas. Nem por outro lado, os que se exercem preventivamente ou *a posteriori*»⁵⁴. Por isso, o Autor concluiu que «[o]s poderes directivos, correspondendo *lato sensu* a intervenções de carácter técnico e processual, encontram-se distribuídos por escalões e funcionam segundo uma estrutura monocrática cujo vértice é o Procurador-Geral da República, não distinguindo a lei entre poderes directivos genéricos e específicos nem entre instruções ou ordens de natureza preventiva e *a posteriori*»⁵⁵. Com efeito, a hierarquia do MP tem poderes directivos concretos no processo penal, porque «vejo aquele princípio [da inamovibilidade] como uma garantia de estabilidade nas funções e não no processo. É esta, porventura, a diferença entre estabilidade e inamovibilidade. A estabilidade tem de compatibilizar-se com a hierarquia, princípio com a mesma dignidade constitucional. E a hierarquia envolve, onde houver competências concorrentes, as faculdades de avocação, substituição e devolução»⁵⁶. Contudo, o Autor logo ressalvava que «[u]ma boa compreensão da hierarquia reclama, no entanto, a sua utilização a título meramente excepcional e com a maior transparência»⁵⁷.

44. António Cluny não se coibiu mesmo de fazer uma dura crítica da prática vigente, pois «[s]e, no processo, a visibilidade da intervenção do magistrado titular

⁵² *Idem*, 1992, 81 e 82, e de novo 1994, 90. Sublinhando este ponto crucial do pensamento de HENRIQUES GASPAS, ver INÊS CARVALHO, 2011, 99 («Tem-se em conta especialmente o poder de supervisão no sentido da faculdade de revogação ou modificação de actos praticados no processo, fora do espaço processual e do exercício de competências previstas na lei de processo. Exclui-se aquela manifestação do poder de supervisão, expressa ao mesmo tempo como competência processual, oficiosa ou a pedido de interessado com legitimidade, prevista no art. 278.º do CPP»). Não é, por isso, correta a descrição da posição de HENRIQUES GASPAS feita pelo CC no seu parecer 33/19, ponto 3.1, quando se cita HENRIQUES GASPAS dizendo que «no que se refere ao poder de supervisão, quanto à revogação de atos, não parece, porém, que a unidade do processo o admita autonomamente, isto é, fora das [...] competências processualmente conformadas». É que HENRIQUES GASPAS não se fica por aqui, diz mais, e o que diz é muito importante e é omitido no parecer. HENRIQUES GASPAS diz, sem hesitações nem tergiversações, que o hierarca pode dar uma ordem ao titular do inquérito para este revogar ou substituir o ato que praticou, e isto é um «mero correlato do poder de direcção». Dito de outro modo, este poder de ordenar a revogação ou substituição do ato praticado é inerente ou conatural ao poder directivo.

⁵³ *Idem*, 1995, 49.

⁵⁴ CUNHA RODRIGUES, 1995, 21.

⁵⁵ *Idem, ibidem*, 25. Por isso, CUNHA RODRIGUES (2005, 63) identificava a autonomia do MP com a libertação daquela Magistratura dos «poderes directivos do Ministro da Justiça em matéria penal».

⁵⁶ *Idem, ibidem*, 30, e de novo 1999a: 115 e 116.

⁵⁷ *Idem, ibidem*.

está garantida pela exposição e fundamentação dos despachos, a intervenção hierárquica fora dos casos anteriormente referidos e legalmente tipificados no Código de Processo Penal, está absolutamente escamoteada, designadamente em toda a significativa área de discricionariedade efectiva de que goza o Ministério Público [...]». Por isso, concluía, «a intervenção hierárquica concreta ou se legitima demonstrando-se ou corre o risco de deslegitimar o próprio exercício funcional do Ministério Público»⁵⁸.

45. Vozes autorizadas da Academia juntaram-se aos Magistrados do MP já mencionados. A compreensão da autonomia como «não submissão da instituição do Ministério Público a instruções do Executivo (à chamada “justiça do Gabinete”) relativamente à investigação, à promoção, à condução ou à conclusão de um qualquer processo penal concreto» foi também perfilhada por Figueiredo Dias⁵⁹. O Autor manifestou-se explícita e veementemente em favor da «uniformização de procedimentos e decisões», para o que era necessário um «reforço da hierarquização do controlo e do exercício dos poderes de direcção, e o exercício efectivo dos poderes legais de substituição funcional dos magistrados que não estejam a responder adequadamente às exigências democráticas de eficiência e de prestação de contas à comunidade que pesam sobre o seu serviço»⁶⁰.

46. Também Rui Medeiros e José Moutinho não hesitaram em criticar a tese da total independência dos Magistrados do MP que conduziria ao «primado dos inexperientes» e à «pulverização de orientações, com o inerente perigo do subjetivismo»⁶¹. Citando Cavaleiro Ferreira, admitiam que «[é] possível, assim determinar que entre várias interpretações legais, ou diversas possibilidades de apreciação da matéria de facto, seja seguida uma delas. [...] As “questões técnico-tácticas de investigação” estão naturalmente incluídas»⁶². Dito de outro modo, o hierarca pode dar ordens concretas ao titular do inquérito que relevem da pura oportunidade técnico-táctica. No entanto, os Autores faziam notar, como também dizia Cavaleiro de Ferreira,

⁵⁸ ANTÓNIO CLUNY, 1997, 107.

⁵⁹ FIGUEIREDO DIAS, 2007, 192. ANTÓNIO BARREIROS, 1983, 163, afirmava que «a nossa Constituição consagra sem reservas – essa reivindicação de dupla autonomia do Ministério Público, relativamente ao poder judiciário e ao executivo». GUILHERME DA FONSECA, 1987, 71, sustentava que «[a] completa autonomia do Ministério Público no duplo aspecto da independência face ao poder e à magistratura judicial, junto da qual serve, é a sua própria alma», defendendo que nem mesmo a representação dos «interesses privados do Estado» deveria competir ao MP (1984, 18 e 19). Também assim, mais recentemente, RUI PEREIRA, 2004b, 73: a imparcialidade do MP «é garantida, constitucionalmente, pela autonomia do Ministério Público: autonomia perante a magistratura judicial, por um lado, e, por outro, autonomia perante o Governo.»

⁶⁰ Idem, *ibidem*, 202, e já em 1973, 172, manifestando-se a favor da resolução dos diferendos dentro da magistratura do MP. Também ANTÓNIO BARREIROS, 1997, 118, não tinha dúvidas: «Estes afloramentos pontuais explícitos da hierarquia no processo penal [*i.e.*, no CPP] não excluem que ela não possa funcionar em todo o processo, através de ordens que as estruturas superiores dêem aos seus subordinados, ou através de circulares que sejam emitidas, fixando doutrina obrigatória, a ser acatada por toda a estrutura.» A favor de «intervencções mais activas» no inquérito por parte da hierarquia, inclusive por meio de uma ampla avocação oficiosa, pronunciou-se também recentemente TIAGO MILHEIRO, *Comentário Judiciário*, anotação 14 ao artigo 109.º

⁶¹ RUI MEDEIROS e JOSÉ MOUTINHO, 2009, 33.

⁶² JOSÉ MOUTINHO manteve esta opinião numa conferência organizada na UCP a 4 de fevereiro de 2021, mesmo diante da nova redacção do EMP.

que seria «ilegal a ordem e, por isso, não obrigatória que consistisse em impor uma apreciação determinada dos factos, sem prévio conhecimento destes, ou antes de conhecido o resultado das respectivas provas, ou que determinasse independentemente do conhecimento legal e de facto, uma acusação ou abstenção de acusação em casos concretos». Ou seja, certas ordens do hierarca que se destinam a produzir efeitos no processo determinado só podem ser dadas se ele tiver o prévio conhecimento do mesmo, das provas nele juntas. A isto aduziam ainda aqueles Autores as seguintes garantias: «quanto a ordens individuais e concretas (e, portanto, relativas a um processo determinado), o exercício do poder de direcção terá de ficar necessariamente documentado, o que equivale a dizer que aquelas ordens terão de ser devidamente fundamentadas e juntas ao processo a que se referem e onde estão destinadas a produzir o efeito vinculativo»⁶³.

47. Já diante do novo EMP, esta mesma visão das coisas foi reiterada por Euclides Simões, que se pronunciou nestes termos: «ao aludir expressamente, no n.º 4 do artigo 97.º, aos poderes de intervenção hierárquica nos inquéritos, nos termos previstos no CPP, o legislador mais não quis do que clarificar uma dúvida que se arrastava desde, pelo menos, a implantação da orgânica judiciária instituída pela Lei 62/2013, quanto a saber quem detinha, entre os vários hierarcas existentes, competência para protagonizar as intervenções hierárquicas previstas nos artigos 278.º e 279.º Não mais do que isso, isto é, a esse restrito campo se quis limitar tal previsão normativa, o que se deduz também do facto de se prever paralela e autonomamente a atribuição de competências a esses mesmos hierarcas para, por exemplo, decidirem conflitos internos de competência. Por outras palavras: a interpretação conjugada dos artigos 97.º, n.ºs 3 e 4, e 100.º, n.ºs 1 e 2, permite concluir que não quis confinar-se a esses três específicos momentos processuais, previstos nos artigos 278.º, 279.º e 266.º, n.º 3, do CPP, bem como aos que também prescrevem os artigos 54.º, n.º 2, 92.º, n.º 8, 162.º, n.º 3, e 276.º, n.ºs 6 e 7, a intervenção hierárquica em matéria penal. [...] A inovação legislativa contida nas normas em apreço teve, pois, claro intuito esclarecedor e não limitativo do que são os poderes de direcção inerentes ao conceito de hierarquia. [...] Há que convir que, limitados àqueles dois, irrisórios seriam os poderes hierárquicos no Ministério Público, ficando assim por cumprir o desígnio do artigo 219.º, n.º 4, da Constituição».

48. Por isso, o Autor concluiu que «[o] novo Estatuto do Ministério Público, que entrará em vigor a 1 de Janeiro de 2020, permanecerá fiel ao modelo traçado no artigo 219.º, n.ºs 2 e 4, da Constituição, assente nos princípios da autonomia, da hierarquia e da responsabilidade, se dos artigos 97.º e 100.º se fizer a leitura congruente com tais exigências que vimos de propugnar, ou seja, se se considerar legítima a emissão de directivas, ordens e instruções para qualquer fase do processo penal, sejam actos decisórios finais ou actos interlocutórios da competência do Ministério Público». E foi até mais longe: o hierarca pode «emitir ordens e instruções em inquérito, seja a propósito de actos decisórios ou de apreciação final, seja a propósito de actos

⁶³ De igual modo, em comentário ao parecer de RUI MEDEIROS e JOSÉ MOUTINHO, LABORINHO LÚCIO admitia que a hierarquia tem um «duplo sentido, um de mera direcção e coordenação, sem ligação ao processo, e emergindo da área da gestão funcional, outro de organização da própria investigação criminal e do exercício da acção penal, com implicação directa e material nestes e nas decisões a proferir no processo» (LABORINHO LÚCIO, 2009, 17).

processuais de outra natureza, designadamente os atinentes, na sábia taxinomia de A. Henriques Gaspar, “à gestão e administração do processo”, “à condução do processo”, e mesmo a “decisões relevando de alguma discricionariedade técnica”».

49. Aos argumentos já mencionados por Henriques Gaspar, Cunha Rodrigues, Maia Costa, António Cluny, Figueiredo Dias, Rui Medeiros, José Moutinho, Laborinho Lúcio, José António Barreiros e Euclides Simões, acrescem vários outros que a doutrina tem adiantado a propósito da admissibilidade da reclamação hierárquica de atos processuais concretos do Magistrado titular do inquérito não prevista no CPP, tais como a decisão de determinação *in concretum* da competência do tribunal singular⁶⁴, a decisão de aplicação do segredo do inquérito⁶⁵, a decisão de indeferimento de acesso do órgão de comunicação social⁶⁶, a decisão sobre o pedido de consulta de auto e obtenção de certidão por outras pessoas⁶⁷, a decisão sobre conexão processual⁶⁸, a decisão sobre apensação de processos⁶⁹, a decisão sobre separação de processos⁷⁰, a decisão de não suspensão provisória do processo⁷¹, a decisão que ordene ou recuse a realização de perícia⁷² e a decisão de não admitir ou afastar um consultor técnico⁷³. Por fim, note-se que o próprio CC já admitiu a «reclamação hierárquica imprópria» dirigida contra um ato judicial que limitava a consulta do processo pelo MP⁷⁴, abrindo a porta a meios de impugnação não expressamente previstos na letra do CPP.

50. A este entendimento limitativo da autonomia interna do MP, opuseram-se, por ordem cronológica, Paulo Dá Mesquita, Rui Cardoso e o Luís Sousa da Fábrica.

51. Na sua tese de mestrado, Dá Mesquita rejeitou a possibilidade de comandos concretos do hierarca não previstos expressamente no CPP nestes termos: «Também nesta vertente entende-se que estão vedados comandos supra-ordenadores não previstos expressamente na lei e vinculativos para o magistrado titular do inquérito.»⁷⁵

⁶⁴ CARMO DIAS, *Comentário Judiciário*, anotações 25 a 31 ao artigo 16.º, e Magistrados do Ministério Público do Distrito Judicial do Porto, *Comentário*, anotação 3 ao artigo 16.º, todos aderindo expressamente à posição defendida em PAULO ALBUQUERQUE, *Comentário*, anotação ao artigo 16.º

⁶⁵ Idem, *ibidem*, anotação 52 ao artigo 86.º

⁶⁶ Idem, *ibidem*, anotação 63 ao artigo 88.º

⁶⁷ SIMAS SANTOS e LEAL-HENRIQUES, 1999, 491, e 2008, 91.

⁶⁸ ANTÓNIO GAMA, *Comentário Judiciário*, anotação 33 ao artigo 24.º, admite reclamação hierárquica com base nas normas do EMP, como também PAULO DÁ MESQUITA, 2003, 287, por interpretação extensiva do artigo 266.º, n.º 3, do CPP.

⁶⁹ ANTÓNIO GAMA, *Comentário Judiciário*, anotação 5 ao artigo 29.º, e Magistrados do Ministério Público do Distrito Judicial do Porto, *Comentário*, anotação 2 ao artigo 29.º

⁷⁰ Idem, *ibidem*, anotação 45 ao artigo 30.º

⁷¹ MAIA COSTA, *CPP Comentado*, anotação 15 ao artigo 281.º, aderindo à posição por mim defendida no *Comentário*.

⁷² CARMO DIAS, *Comentário Judiciário*, anotação 21 ao artigo 154.º

⁷³ Idem, *ibidem*, anotação 18 ao artigo 155.º

⁷⁴ Parecer do CC 143/1988. Tratava-se de um provimento que determinava que os processos criminais correndo trâmites de acordo com o CPP não poderão ser consultados fora da secretaria sem requerimento prévio para o efeito, impondo, assim, ao MP a consulta desses processos no espaço reservado a Secretaria Judicial ou condicionando-o a despacho judicial para consulta fora dela.

⁷⁵ PAULO DÁ MESQUITA, 2003, 302.

Nenhuma exceção se admite. A posição é sustentada num argumento de natureza funcional: o poder processual é «desconcentrado»⁷⁶, não constituindo a hierarquia, por conseguinte, uma fonte de poder processual. Ao invés, o poder diretivo genérico é tolerado, nomeadamente no tocante a «diretivas que produzem efeitos em actos decisórios do inquérito», sempre ressalvando que «[a] responsabilidade do magistrado que dirige o inquérito, contudo, persiste na autónoma valoração dos elementos não regulados na Directiva (desde logo na dimensão cognitiva do facto inerente ao acto judiciário) e da própria directiva, pois se a mesma for ilegal existe um dever de recusa do respetivo cumprimento»⁷⁷.

52. Mais recentemente, o Autor já não é tão assertivo quanto ao poder de dar ordens concretas não previstas no CPP, sustentando que «[q]uanto ao comando não previsto na lei do processo, o magistrado que intervém no processo tem de avaliar se em termos procedimentais se configura como admissível [...]»⁷⁸, e, portanto, concedendo que haverá comandos concretos não previstos no CPP que são proceduralmente admissíveis, mas não esclarecendo quais são esses casos.

53. Já no tocante ao poder do hierarca de revogação de atos do titular do inquérito, o Autor limita a autoridade do hierarca aos casos de exercício de poderes dispositivos de competência, ou seja, avocação ou reafetação do processo a outro magistrado⁷⁹. A conclusão a que Dá Mesquita chega neste âmbito é muito limitativa do poder revogatório do hierarca: «[a] função resolutiva-repressiva da hierarquia funcional do MP circunscreve-se a atos expressamente enunciados na lei, em particular o ato final (o ato de encerramento do inquérito, ou, posteriormente a este, o ato decisório sobre a respetiva reabertura)»⁸⁰. Aliás, o Autor exprime-se mesmo contra a posição de Henriques Gaspar quando diz que «os atos interlocutórios, teleologicamente vinculados à obrigatoriedade de uma decisão final do inquérito, não podem ser objecto de supraordenação por via de ordens concretas que se imponham contra o juízo do procurador titular do processo»⁸¹.

54. Na senda de Dá Mesquita, também Rui Cardoso limita o poder diretivo a estes objetivos: «[n]enhum problema ou limitação há quanto às de carácter genérico (directivas e instruções), necessariamente prévias. Mesmo as ordens, como imposições vinculativas aos agentes de uma acção ou abstenção concreta, só deverão sofrer as referidas limitações se se traduzirem em actos processuais; se respeitarem à organização e operacionalidade dos respectivos serviços, p. ex., nenhuma restrição se lhes impõe. O mesmo até quanto à coordenação entre inquéritos distintos, não

⁷⁶ Idem, *ibidem*. Mas moderando de algum modo a sua posição em 2010, 287 e 350, onde se refere à necessidade de a «mecanismos racionais de desconcentração (o que obsta à importação acrítica do modelo difuso da organização judicial)» e se insiste em que «os membros do Ministério Público [...] não podem intervir no processo penal como se fossem átomos desligados institucionalmente, em que cada um opera como simples e singular *amicus curiae*».

⁷⁷ Idem, *ibidem*, 305.

⁷⁸ Idem, *Comentário Judiciário*, anotação 7 ao artigo 53.º e já antes 2010, 275 e 276.

⁷⁹ Idem, *ibidem*, anotação 10 ao artigo 53, embora cite em abono HENRIQUES GASPARGAR, cuja opinião, como já vimos, é distinta.

⁸⁰ Idem, *ibidem*, anotação 11 ao artigo 53.º

⁸¹ Idem, *ibidem*, anotação 13 ao artigo 53.º Já antes, 2010, 274 e 283, só admitindo a substituição do magistrado como única resposta possível do hierarca à recusa de obedecer do subalterno.

só no planeamento da execução dos correspondentes actos processuais (*v.g.*, meios de obtenção de prova, como buscas), como na delimitação dos respectivos objectos processuais».

55. Já no tocante a ordens concretas com repercussão num processo determinado, o Autor reitera as posições de Dá Mesquita, invocando um argumento *a contrario*: «[s]e em algumas delas [intervenções hierárquicas] o legislador prevê certas condições ou limitações da intervenção (*v.g.*, legitimidade, prazos, possibilidades de decisão – artigos 109.º, 276.º, n.º 7, 278.º e 279.º, n.º 2, todos do CPP), noutras apenas prevê a possibilidade ou necessidade da intervenção hierárquica, oficiosa ou a requerimento (*v.g.*, artigos 54.º, n.º 2, 92.º, n.º 8, 162.º, n.º 3, 266.º, n.º 3, do mesmo Código). Se a intervenção hierárquica não sofresse qualquer limitação imposta pelo CPP, antes fosse sempre admissível, estas últimas seriam totalmente desnecessárias. Verdadeiras previsões inúteis. Ora, parece-nos precisamente o contrário: se o legislador sentiu necessidade de expressamente as consagrar foi porque, se o não fizesse, elas não seriam admissíveis». Aduz-se ainda um argumento *ad absurdum*: admitindo-se a posição criticada, «todos os magistrados passariam a ser meros executantes da vontade do PGR, que poderia proferir ordens para todos e quaisquer processos concretos e que assim ficaria directa e pessoalmente responsável por todas as decisões proferidas em todos os processos (pelo menos por omissão, por não as ter impedido ou revogado)»⁸².

56. Recentemente, Luís Fábrica aderiu a esta posição. Criticando o entendimento do TC expresso no acórdão n.º 305/2011⁸³, Luís Fábrica sustenta a existência de uma titularidade difusa da ação penal⁸⁴ e, conseqüentemente, não admite qualquer separação estanque e artificial entre autonomia externa e institucional do Ministério Público e autonomia interna e funcional dos seus Magistrados⁸⁵, reconhecendo em termos que não podiam ser mais claros que a autonomia prevalece sobre hierarquia: «é a hierarquia que tem de respeitar a autonomia»⁸⁶. Assim sendo, o Autor conclui que os Magistrados do MP «estão submetidos, no quadro dos processos concretos de que sejam titulares, apenas aos poderes hierárquicos previstos na lei processual correspondente no caso dos processos criminais (arts. 14.º, n.º 2, e 97.º, n.º 4), ou aos poderes hierárquicos previstos no EMP e na lei processual correspondente, no caso dos restantes processos (arts. 14.º, n.º 2 e 100.º, n.º 2)»⁸⁷. Por isso, em oposição frontal ao parecer do CC 33/19, sustenta que «[n]enhuma outra intervenção do hierarca é admissível num concreto processo» além daquelas expressamente previstas no CPP e no EMP⁸⁸. Em síntese, «[a] afirmação constitucional e legal da existência de hierarquia no Ministério Público não é base suficiente para atribuir a qualquer dos

⁸² O argumento foi repetido por ADRIANO CUNHA, 2020, 283. Contudo, o Autor também entendia que se impunha uma revisão urgente do CPP para obstar ao perigo identificado por ANTÓNIO CLUNY, isto é, «toda a gestão do inquérito fica sem possibilidade de sindicância até à decisão de acusar, ou não, com todos os inconvenientes que daí podem advir para a posição do Ministério Público no exercício dos seus poderes para com a realização da justiça».

⁸³ LUIS FÁBRICA, 2019, 156 e 157.

⁸⁴ *Idem, ibidem*, 159.

⁸⁵ *Idem, ibidem*, 57.

⁸⁶ *Idem, ibidem*, 76.

⁸⁷ *Idem, ibidem*, 85.

⁸⁸ Assim, expressamente, *idem, ibidem*, 100, nota 81.

seus órgãos uma competência genérica para dirigir ordens e instruções sobre quaisquer matérias funcionais a quaisquer órgãos que ocupem uma posição subalterna na mesma linha hierárquica»⁸⁹.

6. O estado da questão na jurisprudência portuguesa

57. A CRP prevê os conceitos constitucionais de «ato do processo» (artigo 32.º, n.º 3), «ato instrutório» (artigo 32.º, n.º 4) e «ato processual» (artigo 32.º, n.º 6, todos da CRP) no processo penal, que se mostram incompatíveis com uma categoria de atos processuais em sentido impróprio que se destinam a produzir efeitos num determinado processo, mas que sejam subtraídos ao conhecimento do tribunal. Com efeito, no entendimento do TC, a CRP vedou expressamente a existência de pré-inquéritos ou inquéritos paralelos, fora do âmbito de controlo do juiz de instrução⁹⁰. Como escreveu Gomes Canotilho, «no foro criminal é sempre inadmissível qualquer procedimento administrativo prévio»⁹¹. E nas palavras eloquentes de Figueiredo Dias, o CPP veda a existência de «fases pré ou extraprocessuais», que «bem mostra a experiência recente com o inquérito dito “policial” ou “preliminar”, sob a alegação de constituírem coisa “privada” relativamente ao processo, ou representam um gasto inútil de tempo e de esforços, ou se tornam particularmente vulneráveis a abusos resultantes de simples “mudanças” (ou “burlas”) de etiquetas»⁹².

58. O legislador constituinte consagrou um domínio efetivo e não apenas virtual do inquérito pelo MP. Por isso, o acórdão do TC 334/94, procedeu a uma interpretação conforme à CRP do artigo 3.º, n.º 2, do decreto 146/VI da Assembleia da República, no sentido de legitimar as ações de prevenção da PJ, mas com a obrigatoriedade da comunicação imediata da notícia do crime ao MP no decurso destas ações, de modo a garantir o seu domínio do inquérito. Mais tarde, a Lei n.º 101/2001, de 25 de agosto, alargou o âmbito das ações encobertas para fins de prevenção e investigação criminal. Contudo, «[c]omo condição de validade, a acção tem de ser previamente autorizada pelo Ministério Público e obrigatoriamente comunicada ao juiz, no caso de inquérito, ou expressamente autorizada pelo juiz de instrução se acção for para ter lugar no âmbito da prevenção criminal»⁹³. De igual modo, o acórdão do TC 578/98, julgou não inconstitucional o artigo 59.º do Decreto-Lei n.º 15/93, de 22.1, quando interpretado no sentido de que, no âmbito da prevenção criminal, não há necessidade da existência prévia de um inquérito a decorrer para efeitos da atuação do agente infiltrado, num quadro legal em que o funcionário que assim atua tem que elaborar relato dos factos, que é junto ao processo no prazo máximo de 24 horas. O domínio do MP inclui a liberdade para praticar os atos que entender no inquérito

⁸⁹ *Idem, ibidem*, 86.

⁹⁰ Acórdãos do TC 7/87 e 23/90. Para uma crítica destes processos administrativos prévios, por vezes chamados de processos de averiguações, que correspondiam a verdadeiros inquéritos, em fraude à CRP, RUI PEREIRA, 2004a, 125.

⁹¹ GOMES CANOTILHO, 1997, 585.

⁹² FIGUEIREDO DIAS, 1989, 7, e de novo, 2008, 374. Ou ainda nas palavras de SOUTO MOURA, «o Código de 87 é claro na ideia de que o inquérito é uma fase do processo. E o processo é um encadeado de fases que devem ser, todas elas, jurisdicionalizadas. [...] que se pretendeu rejeitar inequivocamente qualquer projecto de adminitrativização da justiça.» (SOUTO MOURA, 2009: 75)

⁹³ HENRIQUES GASPAS, 2004, 44.

e não realizar diligências de prova inúteis, como escutas telefónicas relativas a factos do passado e diligências para identificação do condutor de um veículo referenciado em termos amplos nos autos [acórdão do TC 395/2004, sobre os artigos 120.º, n.º 1, al. d), 17.º, 262.º e 263.º do CPP]. Este domínio do inquérito pelo MP convive com uma reserva do juiz.

59. O TC admite uma reserva do juiz relativamente aos atos processuais que afetem direitos fundamentais, por exemplo no tocante a buscas domiciliárias e à suspensão provisória do processo (acórdão do TC 7/87), mas ela não é absoluta, não incluindo certos atos processuais fundamentais, como o da determinação concreta da competência do tribunal (acórdão do TC 393/89) ou da colocação do preso em regime aberto (acórdão do TC 427/2009).

60. Os termos da relação entre o MP e o juiz no decurso do inquérito estão dependentes do entendimento que se tenha da autonomia do MP e da independência judicial. O TC já foi chamado a condensar a noção de autonomia do MP, o que fez à luz da discussão pretérita tida na assembleia constituinte⁹⁴. No seu acórdão 305/2011, o plenário do TC decidiu, por unanimidade, não declarar a inconstitucionalidade das normas dos artigos 60.º, n.º 1, 122.º, n.º 1 e 4, 123.º, 123.º-A, 125.º, n.º 3, e 127.º, n.º 1, do EMP, aprovado pela Lei n.º 47/86, de 15 de outubro, e alterado pelas Leis n.º 2/90, de 20 de janeiro, 23/92, de 20 de agosto, 33-A/96, de 26 de agosto, 60/98, de 27 de agosto, 42/2005, de 29 de agosto, e 67/2007, de 31 de dezembro, na redação conferida pelo artigo 164.º da Lei n.º 52/2008, de 28 de agosto, e da norma do artigo 90.º da Lei n.º 52/2008, de 28 de agosto.

61. Nos seus fundamentos, o acórdão do TC sustenta, sem quaisquer ambiguidades, que a autonomia interna do MP não é garantida pela CRP, mas apenas a sua autonomia externa, pelo que a CRP não deseja, nem permite, uma atomização do MP a coberto da autonomia técnica do Magistrado titular do inquérito. Por um lado, a unidade do MP é garante do princípio da igualdade no exercício da ação penal, pelo que os Magistrados do MP «não podem ser deixados no interior da estrutura em que operam “tão sozinhos com a lei” como os juízes». Dito de outro modo, a CRP não consagrou uma titularidade difusa da ação penal. Por outro lado, a autonomia interna do MP não pode ser derivada da independência judicial, porque esta não constitui um parâmetro suficientemente preciso e denso que exija a autonomia interna ou pessoal dos magistrados do MP. A independência judicial não implica um determinado conteúdo para a autonomia do MP, mas apenas a vinculação do MP à legalidade e objetividade e uma organização interna de modo a

⁹⁴ Com efeito, o TC cita mesmo os trabalhos de 1988: «De facto, da discussão realizada no âmbito da Comissão Eventual para a Revisão Constitucional (cfr. Acta n.º 47, *Diário da Assembleia da República* de 22 de Outubro de 1988, II Série, Número 49-RC, pp. 1545 e ss.), resulta ter sido propósito do legislador constituinte o de transpor para a Constituição o princípio que constava da lei ordinária, consagrando-se por essa via na lei fundamental a “autonomia orgânica e funcional” do Ministério Público “face ao poder executivo” ou, mais amplamente, em relação aos órgãos do poder central, regional e local, bem como a sua exclusiva vinculação a critérios de legalidade e objectividade, o que nada tem a ver com a autonomia funcional, interna, de cada um dos seus agentes no interior da estrutura hierarquizada em que desenvolve a sua actuação.» Como resulta da intervenção do Deputado António Santos no plenário, o legislador constituinte quis transpor para a Constituição o princípio da autonomia, mas sem que tenha sido consensualizada uma posição sobre o conteúdo desse princípio.

não comprometer a realização imparcial do direito, mas não um determinado modo de designação dos magistrados. Em suma, o TC reconheceu uma estabilidade do Magistrado do MP na função, mas não uma estabilidade no processo: **«a regra da inamovibilidade, ao invés do que sucede no âmbito dos magistrados judiciais, não se destina a garantir a estabilidade da relação entre um concreto magistrado e um certo processo pela via do asseguramento da estabilidade da relação daquele magistrado com o cargo em relação ao qual o processo se insere»** (negrito nosso). Por conseguinte, o TC rechaçou explicitamente a tese segundo a qual valeria para o MP, à semelhança do que se passa com os magistrados judiciais, uma exigência de predeterminação normativa não apenas da competência do órgão, mas ainda da própria distribuição dos processos, não podendo, por isso, falar-se numa «competência quasi-natural» do MP⁹⁵.

62. Na lógica dos Juízes do Palácio Ratton, o hierarca tem o poder de avocar o processo ou substituir o seu titular, precisamente porque ele é o garante do exercício coletivo da ação penal pelo MP, num quadro em que os Magistrados do MP não dispõem de autonomia interna e, por isso, devem obediência às instruções genéricas e às ordens concretas dos seus superiores hierárquicos.

63. Em linha reta deste entendimento do parâmetro constitucional, há que concluir que a CRP impõe que todas as ordens do hierarca destinadas a produzir efeitos num determinado processo sejam integralmente inseridas no processo a que se destinam, com identificação do seu autor. As ordens do hierarca que se destinam a um processo determinado que não sejam nele inseridas são tidas como inexistentes e, portanto, não se lhes deve obediência (*quod non est in actu non est in mundo*). Como reclamava Eduardo Maia Costa, «[a] lei processual penal deve prever que, no caso de a ordem se referir a uma dada causa criminal, ela deve constar do respetivo processo, para a ela terem acesso todos os sujeitos processuais»⁹⁶. Também António Cluny pugnava, no já longínquo ano de 1995, por que fosse assumida «explicitamente, isto é, processualmente, toda e qualquer intervenção hierárquica», incluindo as intervenções «visando actuações processuais concretas»⁹⁷. Ambos faziam coro com o clamor de Cunha Rodrigues pela intervenção da hierarquia com «a maior transparência»⁹⁸.

⁹⁵ Contra LUIS FÁBRICA, 2019, 25.

⁹⁶ MAIA COSTA, 1995, 156. Na prática, desde o início da aplicação do CPP, vingou a opinião de que as decisões do hierarca destinadas a produzir efeito num determinado inquérito que não estavam previstas no CPP eram tomadas e mantidas à margem do inquérito (ALBERTO OLIVEIRA, 1990, 83). É justo lembrar que o autor também acrescentava que no caso de decisões do MP que afetassem interesses de outros intervenientes processuais dignos de proteção deveria admitir-se recurso a decisão judicial (ALBERTO OLIVEIRA, 1990, 93).

⁹⁷ ANTÓNIO CLUNY, 1995, 106 e 110. O Autor não deixava dúvidas de que era seguida uma prática invisível e oculta de exercício do poder diretivo com repercussões concretas nos inquéritos com a qual não concordava: «Importa, assim, assumir e clarificar uma prática, tornando-a visível e transparente, quando se trata de intervir directa e concretamente num processo.»

⁹⁸ Idem, *ibidem*. Por isso, CUNHA RODRIGUES, 2005, 63, identificava a autonomia do MP com a libertação daquela Magistratura dos «poderes directivos do Ministro da Justiça em matéria penal». Também assim RUI PEREIRA, 2004b, 73: a imparcialidade do MP «é garantida, constitucionalmente, pela autonomia do Ministério Público: autonomia perante a magistratura judicial, por um lado, e, por outro, autonomia perante o Governo». Já ANTÓNIO BARREIROS, 1983, 163, afirmava que

64. O princípio de que a intervenção, toda a intervenção do hierarca, em inquérito seja «visível» e, portanto, «transparente», como reclamavam ontem Cunha Rodrigues, Maia Costa e António Cluny e continuam a reclamar hoje Dá Mesquita, Mouraz Lopes, Rui Medeiros e José Moutinho, deve ter consequências práticas⁹⁹. Sendo assim, o hierarca não pode dar ordens encobertas, veladas, subentendidas, tácitas ou implícitas ao titular do inquérito, anomalias que em qualquer caso só seriam possíveis à revelia da Constituição e da lei.

65. Depois de inseridas no processo, as ordens do hierarca não se distinguem dos demais despachos dos Magistrados do MP, nomeadamente no que respeita ao regime de segredo a que estão sujeitas. As ordens do hierarca destinadas a um processo determinado e nele inseridas obedecem ao mesmíssimo regime de segredo interno e externo previsto no CPP que se encontrar em vigor no momento da sua inserção no processo e ao regime de segredo que vier a vigorar daí para diante no dito processo.

66. Por idêntica razão, aplicam-se ao hierarca que der ordens concretas destinadas a um processo determinado as regras previstas no artigo 54.º do CPP. Dada a ordem concreta destinada a um processo determinado, o hierarca fica implicado na condução do processo tanto quanto o seu titular, ficando sujeito ao mesmíssimo regime de impedimentos, recusas e escusas que vale para o Magistrado titular do inquérito. Portanto, os impedimentos, recusas e escusas do hierarca devem ser conhecidos e decididos pelo superior hierárquico do mesmo.

67. Este entendimento constitucional da autonomia interna é partilhado pelo STJ e pelas Relações. O STJ já teve oportunidade de se pronunciar sobre a autonomia interna do MP, no acórdão uniformizador de jurisprudência 2/2011. Este acórdão fixou a seguinte jurisprudência: «[e]m face das disposições conjugadas dos artigos 48.º a 53.º e 401.º do Código de Processo Penal, o Ministério Público não tem interesse em agir para recorrer de decisões concordantes com a sua posição anteriormente assumida no processo». Destarte, este acórdão revogou o acórdão n.º 5/94, do pleno do STJ, que tinha fixado a seguinte jurisprudência: «[e]m face das disposições conjugadas dos artigos 48.º a 52.º e 401.º, n.º 1, alínea *a*), do Código de Processo Penal e atentas a origem, a natureza e a estrutura, bem como o enquadramento constitucional e legal do Ministério Público, tem este legitimidade e interesse para recorrer de quaisquer decisões mesmo que lhe sejam favoráveis e assim concordantes com a sua posição anteriormente assumida no processo»¹⁰⁰.

«a nossa Constituição consagra sem reservas essa reivindicação de dupla autonomia do Ministério Público, relativamente ao poder judiciário e ao executivo».

⁹⁹ Notável é a insistência justíssima de PAULO DÁ MESQUITA neste ponto. Ver *Comentário Judiciário*, anotação 7 ao artigo 53, e já antes, 2010, 278, e 2003, 97 a 101. Em conclusão também claríssima, MOURAZ LOPES, 2020: «A definição dos sujeitos processuais, das suas competências, dos meios de obtenção de prova e, sobretudo, a clara separação de funções, o conhecimento prévio das mesmas e o quadro de controlos mútuos estabelecido, não permite hoje a existência de “fases ocultas” ou procedimentos paralelos, nomeadamente nas fases preliminares do processo, máxime na investigação.» Com acerto, RUI CARDOSO, 2014, 74, fala de um «especial dever de transparência» dos superiores hierárquicos.

¹⁰⁰ Justamente criticado por DÁ MESQUITA, 2010, 288, antes de ter sido revogado.

68. Na motivação do acórdão 2/2011, o STJ sustentou que «[p]or outro lado, importa considerar que o vínculo existente entre exigência de legalidade, e objectividade, da actuação do Ministério Público e a natureza monocrática, una e indivisível desta magistratura, obriga a considerar a posição de cada representante do Ministério Público em processo penal – feita na sede e nos termos legais e no exercício de competência própria – como a posição definitiva (e, enquanto tal, sem alternativa) do Ministério Público. Efectivamente, numa magistratura hierárquica, dotada daquelas características, **impõe-se que a divergência de posições seja resolvida no interior da organização com recurso aos mecanismos próprios, entre os quais a disciplina hierárquica**, e não numa inadmissível, e equívoca, dissonância de opiniões voltada para o exterior que, traduzindo a falta de coerência, contribuem para minar a credibilidade institucional. **As dissonâncias e conflitos eventualmente subsistentes no interior da magistratura só devem ser ultrapassadas através dos meios que a organização hierárquica propicia e entre os quais se inscrevem possibilidades legais expressas** como as contidas nos artigos 276.º, n.º 4, e 278.º do Código de Processo Penal» (nosso negrito)¹⁰¹.

69. Fica, pois, claro que, para o STJ, a «disciplina hierárquica» é um dos mecanismos próprios para resolver no interior da organização do MP a divergência de posições sobre o modo como o MP se deve conduzir no processo penal e as «possibilidades legais expressas» no CPP são apenas alguns dos meios que a organização hierárquica propicia («entre os quais»).

70. Acresce ainda que as Relações têm, numa pletera de situações, admitido o poder do superior conhecer de reclamação hierárquica relativa a decisão do titular do inquérito, para além das previsões expressas do CPP. Assim, o TRE concluiu que «[d]urante o inquérito é da competência exclusiva do Ministério Público fazer cessar, ou não, a conexão e ordenar a separação de processos, não estando essa decisão sujeita a homologação ou concordância do JIC. **Em consequência, e fora dos casos taxativamente previstos na lei, dos despachos do Ministério Público apenas poderá haver reclamação ou recurso hierárquicos, de harmonia com os princípios constitucionalmente consagrados para os atos de natureza administrativa e de acordo com as regras internas estabelecidas no estatuto do próprio Ministério Público**» (nosso negrito)¹⁰².

71. Noutro caso, o TRL afirmou que «[n]ão compete ao JIC determinar ao MP que remeta ao seu superior hierárquico para apreciação o pedido de reclamação hierárquica de despacho de arquivamento em inquérito que pelo MP tenha sido considerado intempestivo. **O ato de reconhecer a invalidade de um despacho do MP que não aprecia a intervenção hierárquica com base num argumento de extemporaneidade não é um acto de controle necessariamente jurisdicional cabível nas**

¹⁰¹ Sublinhando a importância crucial desta passagem do acórdão do STJ para o entendimento da hierarquia do MP ver ADRIANO CUNHA, 2020, 286, que afirma claramente que o acórdão «obriga a que a hierarquia possa impor hierarquicamente essa posição institucional, sob pena de, na sequência deste acórdão de uniformização de jurisprudência, seja o subordinado a comprometer para todo o futuro processual a posição do Ministério Público, isto é, sob pena de afinal as decisões que ficam a valer serem as tomadas pelas 1.ªs instâncias da hierarquia do Ministério Público, o que é paradoxal».

¹⁰² Acórdão TRE de 14.8.2019, processo 1488/18.9T9FAR-E.E1.

funções do JIC mas apenas nas funções do superior hierárquico do MP para o qual o interessado legítimo deve dirigir primeiramente a sua reclamação face àquela posição de extemporaneidade da reclamação» (nosso negrito)¹⁰³.

72. Por sua vez, o TRP sustentou que «[a]pós a dedução da acusação e antes da remessa dos autos ao tribunal de julgamento, compete ao MP decidir do pedido de confiança dos autos para consulta fora da secretaria. Do indeferimento de tal pedido cabe reclamação hierárquica. Haverá que entender que, sendo o Ministério Público uma magistratura hierarquicamente subordinada, caberá junto do magistrado de grau superior ao que proferiu a decisão, apreciar e decidir sob reclamação a legalidade e conformidade da mesma, cabendo nas competências dos Procuradores da República (superior hierárquico da signatária do despacho de indeferimento) por força do artigo 63.º da Lei acima mencionada “orientar e fiscalizar o exercício das funções do Ministério Público [...] emitir ordens e instruções”, **não tendo sentido, face à lei geral orientadora da estrutura do Ministério Público, restringir a capacidade de reclamação sobre a legalidade da actuação dos magistrados do MP, aos casos específicos expressamente previstos na lei processual penal, especialmente quando, se configurar ao reclamante estar em causa os seus direitos, liberdades e garantias constitucionalmente previstos» (nosso negrito)¹⁰⁴.**

73. O TRC decidiu também que «[e]mbora o Código de Processo Penal não contemple expressamente o que se vem denominando de arquivamento liminar de queixa/denúncia, tem o Ministério Público o dever de assim proceder nas situações em que lhe são participados factos que não constituem crime. Implicitamente tal encontra assento no artigo 262.º, n.º 2 daquele compêndio legislativo. Tendo sido declarada aberta instrução sem ter sido realizado inquérito, verifica-se o vício, de nulidade insanável, previsto no artigo 119.º, alínea b), do CPP, consubstanciado na falta de promoção do processo pelo Ministério Público, que abarca também as realidades em que o processo pura e simplesmente não existe, porque o detentor da acção penal assim decidiu. Por força desta nulidade, é inválido tudo o que for processado após o despacho no sentido do arquivamento e da não realização de inquérito, devendo os autos retornar aos Serviços do Ministério Público, para aí continuarem arquivados. No caso referenciado, o denunciante pode reagir contra o arquivamento, não através de requerimento para abertura da instrução, mas suscitando intervenção hierárquica. **Ainda que o artigo 278.º do CPP não contemple a situação em causa, essa possibilidade sempre decorre do poder de emitir ordens e instruções que está cometida ao superior hierárquico nos artigos 61.º e 63.º, alíneas a) e b), do Estatuto do Ministério Público» (nosso negrito)¹⁰⁵.**

74. O TRP determinou de igual modo que “[n]o âmbito do instituto processual do arquivamento em caso de dispensa da pena, do art. 280.º do CPP, o juiz de instrução não profere decisão. **Como não cabe recurso dos despachos proferidos pelo M. Público, a única possibilidade de fiscalização ao dispor do assistente, caso entenda que não se verificam em concreto os pressupostos e requisitos materiais que determinaram o arquivamento do inquérito com dispensa de pena,**

¹⁰³ Acórdão do TRL, de 20.6.2017, processo 907/14.8JFLSB.L1-5.

¹⁰⁴ Acórdão do TRP, de 16.12.2015, processo 13938/13.6TDPRT.P1.

¹⁰⁵ Acórdão do TRC, de 6.11.2013, processo 310/12.4T3AND-A.C1.

é a **reclamação hierárquica**» (nosso negrito)¹⁰⁶. O TRP sentenciou ainda que «[o] despacho do Ministério Público que, no inquérito, declare extinto o procedimento criminal, por prescrição, pode apenas ser sindicado no âmbito da intervenção hierárquica, ao nível seguinte da hierarquia do MP. A estrutura e a dinâmica da fase da instrução não são compatíveis com um exercício de verificação da legalidade de um despacho que declare extinto o procedimento criminal» (nosso negrito)¹⁰⁷.

75. Por fim, o TRP esclareceu que «[n]ão é recorrível o despacho do Ministério Público proferido em inquérito desenvolvido no âmbito da sua competência e em que foi determinada a apreensão de um veículo automóvel. É que os recursos respeitam apenas às decisões judiciais nos termos do artigo 399 do Código de Processo Penal, sendo os despachos do Ministério Público passíveis somente de reclamação hierárquica» (nosso negrito)¹⁰⁸.

76. Em síntese, as Relações de Coimbra, Évora, Lisboa e Porto já se pronunciaram claramente no sentido do reconhecimento do direito de reclamação hierárquica dos sujeitos e interessados processuais de decisões proferidas pelo Magistrado titular do inquérito fora dos casos expressamente previstos no CPP, com base no poder diretivo do hierarca previsto no EMP, em consonância com o conceito constitucional de autonomia do MP fixado pelo TC.

II. Análise da Diretiva 4/2020

1. A ordem do hierarca

77. Aparentemente, a Diretiva 4/2020 regula a intervenção hierárquica em todo o processo penal («Exercício de poderes hierárquicos em processo penal»), referindo-se mesmo a «decisões finais [do Ministério Público] proferidas nas fases subsequentes do processo»¹⁰⁹. Contudo, não regula a intervenção hierárquica nos termos do CPP, apenas se pronunciando sobre as ordens «que não constituam atos processuais em sentido próprio» (ponto I-2). Para esse efeito, a Diretiva funda-se na doutrina dos pareceres do CC 33/2019 e 9/2020, que menciona e acolhe expressamente na sua motivação. Para ser mais preciso, a Diretiva visa apenas regular o exercício do poder de dar ordens que não constituam atos processuais em sentido próprio que emanem do imediato superior hierárquico do titular do inquérito.

¹⁰⁶ Acórdão do TRP de 19.6.2013, processo 765/11.4GDVFR.P1.

¹⁰⁷ Acórdão do TRP, de 23.1.2013, processo 1007/08.5TAMAI.P1.

¹⁰⁸ Acórdão do TRP, de 24.2.1993, processo 9330004.

¹⁰⁹ É enigmática a expressão decisões finais do MP na fase posterior ao encerramento do inquérito. Como diz o Acórdão do STJ 2/2011, «No domínio do processo penal, a intervenção do Ministério Público é multifacetada, em função das diferentes fases do processo penal. Na fase do inquérito, de que é o *dominus* (artigo 263.º do CPP), actua como autoridade judiciária; exerce poderes de decisão e de conformação processual, vinculado, como sempre, aliás, a critérios de legalidade e objectividade (artigo 2.º do EMP), dos quais decorre, naturalmente, o dever de imparcialidade e de objectividade. Nas fases posteriores, da competência do juiz, não tem poderes decisórios; tem, como é costume dizer-se, a posição de parte, enquanto se tomar o conceito num sentido puramente formal, já que o Ministério Público nunca prossegue no processo penal interesses particulares.»

78. A Diretiva não responde, nem visa responder, ao problema da desigualdade na aplicação do direito por via de instruções genéricas, mas apenas ao problema da admissibilidade de ordens concretas do hierarca destinadas a produzir efeito «num determinado processo»¹¹⁰. Assim, não releva a crítica de que a pulverização no seio do MP não é afastada pela Diretiva, porque a intervenção de um número elevado de hierarcas em nada obsta aos riscos de desigualdade na aplicação do direito, saldando-se apenas na substituição de um critério pessoal por outro critério pessoal. Não pode criticar-se a Diretiva por ela não responder a um problema que não foi o seu objeto. Como também não pode criticar-se a Diretiva, doutra banda, por ela transformar os magistrados do MP numa *longa manus* do PGR. É que ela só prevê a intervenção do hierarca, isto é, do imediato superior hierárquico do titular do inquérito¹¹¹. Se nem aquela crítica, nem esta são procedentes, deve acrescentar-se que ainda menos procedentes são quando feitas conjuntamente, pois são claramente contraditórias.

79. Embora se intitule como «Exercício de poderes hierárquicos em processo penal», a Diretiva 4/2020 não regula o poder de supervisão do hierarca, incluindo o poder de modificar e revogar atos processuais do Magistrado titular do inquérito que afetem direta ou indiretamente direitos dos sujeitos e intervenientes processuais e de terceiros, quer oficiosamente quer por meio de reclamação hierárquica interposta pelo interessado. A Diretiva não prevê um direito generalizado de impugnar hierarquicamente os atos do Magistrado titular do inquérito. Não obstante a polémica existente na doutrina e a multiplicação de casos na jurisprudência de reconhecimento do poder de supervisão do hierarca e do correspondente direito de reclamação hierárquica dos sujeitos e intervenientes processuais, a Diretiva é muda sobre o assunto. Sobre este assunto, o CC também evitou pronunciar-se, dizendo de forma algo enigmática que, «sem prejuízo das proibições e nulidades de prova, o arguido não pode reclamar para o superior hierárquico, impugnando a bondade do despacho que decretar a realização de uma busca (art. 174.º do CPP)»¹¹², o que parece admitir que o despacho possa ser impugnado hierarquicamente no caso de violar as regras de proibições e nulidades de prova¹¹³.

¹¹⁰ Vide as referências ao desentendimento entre o diretor do DCIAP e os titulares de um certo inquérito sobre a ordem daquele no sentido de que estes não realizassem um determinado ato processual que motivou a publicação da Diretiva, segundo a própria PGR na audiência na AR, no dia 19 de janeiro de 2021. Ver <https://canal.parlamento.pt/?cid=5058&title=audicao-da-procuradora-geral-da-republica>.

¹¹¹ Num «esclarecimento» da PGR de 7 de fevereiro de 2020, já se afirmava que a emissão das ordens dirigidas a um determinado processo concreto se esgotava «no interior da relação de subordinação» «entre magistrado e o seu superior imediato» e, portanto, limitava-se a letra da doutrina tornada obrigatória pela diretiva 1/2020. A Diretiva 4/2020 consagrou o limite do «esclarecimento».

¹¹² Parecer do CC 33/19, ponto 3.1.

¹¹³ Aliás, a posição do CC incorre em vício grave, pois considera que as normas do EMP, máxime o seu artigo 97.º, n.º 4, «legitimam e restringem a intervenção processual (excecional) da hierarquia, mas não impedem outras intervenções extraprocessuais» (ponto 3.1). Se assim fosse, a alegada excecionalidade da intervenção hierárquica querida pela lei seria frustrada, em clara fraude à lei, pela livre intervenção extraprocessual. Também não se compreende o aviso subliminar ao legislador que o CC faz, referindo que «a regulação exclusiva de todos os poderes / deveres decorrentes da subordinação hierárquica no Código de processo penal, incluindo o

80. O núcleo doutrinário fundamental dos pareceres 33/19 e 9/2020, a que aderiu *in toto* a diretiva 4/2020, consiste no reconhecimento de dois planos distintos de exercício do poder de direção: exercício de atos processuais em sentido próprio, nos termos do CPP, que não podem ser objeto de recusa [artigo 100.º, n.º 6, al. a) do EMP], e exercício de atos processuais em sentido impróprio, fundados nos poderes de direção (ordens e instruções). O parecer 33/19 identifica exemplos desta segunda categoria, citando os poderes referidos por Henriques Gaspar¹¹⁴, a que acrescenta o poder referido por Cavaleiro Ferreira de «determinar que entre várias interpretações legais, ou diversas possibilidades de apreciação da matéria de facto, seja seguida uma delas»¹¹⁵, para além do poder de «emissão de uma instrução genérica, impondo a apreciação hierárquica, segundo critérios de legalidade e de objetividade, de determinado tipo de acusações em ordem à correção de eventuais deficiências técnicas antes da sua incorporação no processo ou impondo que a posição assumida pelo Ministério Público em sede de audiência de discussão e julgamento seja, de acordo com aqueles critérios, previamente concertada com a hierarquia ou que, entre as várias opções disponíveis, determine que seja seguida uma determinada conceção jurídica»¹¹⁶. No parecer seguinte, o CC é ainda mais claro, referindo-se à «definição de uma priorização» no inquérito e, pondo o dedo na ferida, à «determinação da realização ou não realização de concretas diligências».

81. A PGR afastou-se da sua Antecessora neste tocante. O conceito de ordem da Diretiva 4/2020 é novo. Com efeito, a Diretiva 5/2014 estipulava sobre «A delimitação e âmbito de aplicação dos instrumentos hierárquicos do Ministério Público. As Diretivas, as Instruções e as Ordens». A ordem era definida assim: «[c]ontém imposições vinculativas aos agentes de uma ação ou abstenção concreta, em razão e em função de um determinado objeto, de e para a organização e operacionalidade dos respetivos serviços». O conceito de ordem na Diretiva 5/2014 estava, portanto, centrado na prossecução de interesses relativos à organização e operacionalidade dos serviços, e apenas a estes. A Diretiva 4/2020 afasta-se deste conceito, ao aderir aos fundamentos do parecer do CC 9/2020, que admite ordens sobre a «determinação da realização ou não realização de concretas diligências»¹¹⁷. A Diretiva 4/2020

poder de direção, apesar da centralidade normativa que ele deve ter, misturaria, aliás, matéria adjetivas com questões internas [...] que só ao Ministério público dizem respeito e que não faz sentido regular neste diploma». A obsessão por manter, a todo o custo, fora do CPP a regulação do poder diretivo não bate certo com o reconhecimento da sua «centralidade normativa».

¹¹⁴ Parecer do CC 33/19, ponto 3.2: «determinações sobre o melhor modo de conduzir e realizar o inquérito, sobre as diligências a efectuar, sobre as medidas cautelares a decidir ou a requerer, sobre a posição a defender na audiência, ou quanto à decisão de recorrer e posição a tomar no recurso, podem constituir instruções para o bom desempenho das funções, que integram o conteúdo do poder de direção».

¹¹⁵ Parecer do CC 33/19, ponto 3.2.

¹¹⁶ Parecer do CC 33/19, ponto 3.5.

¹¹⁷ A PGR autora da Diretiva 5/2014 manifestou-se claramente contrária ao âmbito do conceito de ordem na Diretiva 4/2020, por duas vezes, em duas conferências organizadas na Universidade Católica, nos dias 9 de dezembro de 2020 e 4 de fevereiro de 2021. Na primeira ocasião, a antiga PGR disse literalmente o seguinte: «O Estatuto do Ministério Público estabelece que as relações hierárquicas, nos processos penais, se efetuam nos termos do Código de Processo Penal. E não me parece que essa formulação permita que o superior hierárquico intervenha para dizer o que o procurador titular deve ou não fazer num processo concreto» (<https://observador>).

é, pois, inovadora, tendo revogado tacitamente o conceito mais restritivo de ordem da Diretiva 5/2014. A Diretiva 4/2020 sacrifica, pois, um elemento fundamental da organização burocrática interna do MP (a ordem e o seu conteúdo e fins) na ara do subjetivismo hermenêutico da PGR.

82. É inconcebível num Estado de Direito que o conceito fundamental de ordem, que informa e conforma a hierarquia do MP, possa variar consoante a pessoa que ocupa o cargo de PGR. Esta não é matéria que esteja na disposição deste ou daquele PGR, em face da reserva relativa da competência da AR prevista no artigo 165.º, n.º 1, al. p), da CRP¹¹⁸ e do princípio da legalidade democrática, que deve vincular toda a atividade do MP (artigo 219.º da CRP e artigo 2.º do EMP). Esta não é, portanto, matéria da disponibilidade da autora da Diretiva 4/2020, nem da autora da Diretiva 5/2014, que têm sobre a estrutura hierárquica do MP e a sua repercussão no processo penal visões radicalmente distintas. Trata-se de matéria da disponibilidade do legislador ordinário, que deveria dar conteúdo ao conceito fundamental de ordem previsto no artigo 3.º do EMP.

2. Direitos e deveres do Magistrado destinatário da ordem

83. A Diretiva 4/2020 e os pareceres do CC 33/19 e 9/2020 concordam no seguinte: as ordens do hierarca que são atos processuais em sentido impróprio, fundados no poder de direção, devem ser escritas e fundamentadas e podem, em certas circunstâncias, ser mantidas em segredo. No mais, discordam.

84. Desde logo, a Diretiva 4/2020 discorda dos dois pareceres do CC na questão central da definição dos direitos e deveres do Magistrado destinatário da ordem.

85. Os pareceres do CC previam que o Magistrado destinatário da ordem pode fazer menção à existência da ordem (conclusão 6.ª do parecer 9/2020), mas a ordem propriamente dita não deve constar do processo (conclusão 3.ª do parecer 9/2020, e conclusão 10.ª do parecer 33/19). Na lógica dos pareceres, o conhecimento da ordem não interessa aos sujeitos e intervenientes processuais («é uma questão interna do

pt/2020/12/09/joana-marques-vidal-considera-que-Diretiva-da-pgr-nao-tem-o-minimo-apoio-da-lei/). Não há, contudo, unanimidade sobre o conceito de ordem na hierarquia do MP na doutrina portuguesa. Por exemplo, EUCLIDES SIMÕES inclui nele a ordem dirigida à prática de atos concretos: «O poder de direção é a competência que o superior tem de dar ordens e de expedir instruções para impor aos seus subordinados a prática dos actos necessários ao bom funcionamento do serviço ou à mais conveniente interpretação da lei» (2019: 14). São pontos de vista radicalmente diferentes do que deve ser a estrutura hierárquica do MP e a sua repercussão no processo penal e, em particular, na direção do inquérito. Atenta a natureza da matéria em causa, é ao legislador que compete resolver o diferendo.

¹¹⁸ Assim também, LUÍS FÁBRICA, 2019, 124, incluindo no âmbito da reserva legislativa «os critérios de repartição de competências materiais entre os seus órgãos [do MP] (incluindo, no caso de competência comum, os procedimentos de concretização das normas legais)», bem como ADRIANO CUNHA, 2020, 279, que sustenta que «cabe exclusivamente ao legislador fixar os correspondentes critérios, as opções e os conteúdos decisórios, limitando-se a regulamentação administrativa à especificação, num nível estritamente executivo e secundário, das determinações de sentido previamente estabelecidas na lei».

Ministério Público, sem qualquer relevo para outros sujeitos processuais», ponto 3.1 do parecer 33/19). Ou seja, o CC manteve-se coerente nos dois pareceres dados¹¹⁹.

86. Contudo, surpreendentemente, o mesmo não sucedeu com a PGR. A Diretiva 1/2020 aderiu ao parecer 33/19, mas a PGR reviu a sua posição alguns meses depois na Diretiva 4/2020, que se afasta do parecer 9/2020.

87. A Diretiva 4/2020 é perentória em relação ao registo da ordem pelo seu destinatário: ele deve fazer menção da existência da ordem na fundamentação da decisão que a incorpora, ou seja, no caso de acatamento da ordem. Quanto à identificação do conteúdo da ordem e da identidade do hierarca na decisão que incorpora a ordem, a Diretiva atribui ao Magistrado destinatário da ordem o poder-dever de ponderar os termos essa identificação de acordo com «os critérios estabelecidos para o acesso por sujeitos processuais» (ponto I.6). Portanto, o Magistrado pode reduzir drasticamente a identificação do conteúdo da ordem e no limite excluir mesmo essa identificação em consonância com as exigências da dita ponderação. Como pode para além disso vedar o acesso ao seu conteúdo por parte dos sujeitos ou intervenientes processuais. Será concretamente assim quando entender que essa identificação possa prejudicar os interesses da investigação ou ofender direitos fundamentais de outros sujeitos e intervenientes processuais (ponto III.1). Neste caso, tudo se passará nas costas dos sujeitos processuais, incluindo do tribunal.

88. Mais grave ainda, a Diretiva 4/2020 prevê que o Magistrado destinatário da ordem deve rejeitar ordens ilegais no dossiê¹²⁰, mas não é clara sobre se nesse caso ele deve também fazer menção da ordem e da sua recusa nos autos. Com efeito, o ponto I.6 da Diretiva só se refere a «cumprir», pelo que não dispõe para o caso de o Magistrado destinatário não cumprir a ordem, por a ter recusado. Acresce que o ponto I.7 é uma norma de competência, pelo que não releva para decidir se e quando é que a ordem não cumprida (por ter sido recusada) deve/pode ser registada nos autos.

89. A pouca clareza do texto não é o seu pior pecado. A Diretiva 4/2020 é incompatível com os conceitos constitucionais de «ato do processo» (artigo 32.º, n.º 3), «ato instrutório» (artigo 32.º, n.º 4) e «ato processual» (artigo 32.º, n.º 6, todos da CRP), na medida em que reconhece uma categoria de atos processuais em sentido impróprio que se destinam a produzir efeitos num determinado processo, mas que não são inseridos no dito processo nem conhecidos pelo tribunal. Como se viu anteriormente, a propósito da jurisprudência do TC, a CRP vedou expressamente a existência de pré-inquéritos ou inquéritos paralelos, fora do âmbito de controlo do juiz de instrução. Pois é precisamente isso que a PGR e o CC da PGR querem entronizar, promovendo a emissão de uma ordem pelo hierarca dirigida a um caso concreto,

¹¹⁹ A coerência entre os dois pareceres do CC não é total. É que o parecer 9/2020 também admite que «sempre se poderá impor [...], a menção obrigatória do cumprimento de uma ordem hierárquica» no processo (ponto IV.1), embora não diga quem pode impor este «mecanismo de segurança adicional», quando e em que condições.

¹²⁰ Contra, expressamente, PAULO DÁ MESQUITA, *Comentário Judiciário*, anotação 7 ao artigo 53: «a ordem ou instrução concreta relativa a atos decisórios no âmbito do inquérito tem de ser formulada nos autos com a respectiva motivação, pelo que a recusa também tem de ser expressa no próprio processo», e já antes, 2003, 99. Também manifestando-se explicitamente contra, RUI MEDEIROS e JOSÉ MOUTINHO, 2009, 41.

ordem essa que «pode ser até anterior ao início da própria investigação ou posterior à mesma»¹²¹. Não restam dúvidas sobre o que se pretendeu com a Diretiva. Durante a sua audição na AR, no dia 19 de janeiro de 2021¹²², a PGR voltou a exprimir a sua fidelidade à filosofia do CC, definindo ato processual em sentido próprio como o ato «que como tal é caracterizado na lei processual penal [...] é o artigo 262 do CPP que refere do que é que se fala quando se refere a existência de atos processuais, são os atos que estão justamente nesse artigo enunciados, caracterizados como tal», e ato processual em sentido impróprio como «algo que no fundo tem depois reflexo na prática do ato processual, que se reflete na sua prática, mas que não o é, porque é algo que se contém no interior da relação de subordinação hierárquica».

90. Esta lógica de um processo penal fora do processo penal reflete uma visão autocrática do MP, que, nas palavras do próprio CC, «não tem que justificar a sua posição, ou seja, o processo interno que, numa magistratura “una e indivisível” foi necessário para assumir uma determinada solução processual»¹²³. Esta visão do MP está nos antípodas do que a CRP quer desta Magistratura, intrinsecamente comprometida com a «legalidade democrática» (artigo 219.º, n.º 1, da CRP) e, portanto, com uma responsabilidade institucional e pessoal de prestar contas à sociedade¹²⁴. Aliás, constitui paradoxo insolúvel invocar-se o princípio da legalidade processual, como faz o CC¹²⁵, para justificar que se mantenham à margem do processo penal e do tribunal as ordens concretas do hierarca que se destinam a produzir efeitos num

¹²¹ Parecer do CC 33/19, ponto 4.1.

¹²² <https://canal.parlamento.pt/?cid=5058&title=audicao-da-procuradora-geral-da-republica>.

¹²³ Parecer do CC 33/19, ponto 4.1. Como afirma com inteira razão DÁ MESQUITA, «[j]á a eventual tentativa de contenção de danos através da criação de um mecanismo sem suporte legal “de acesso ao registo escrito” é incoerente com a diretiva que já tinha estabelecido a irrelevância para terceiros do que se passava no interior das paredes do MP em matéria de ordens dirigidas a inquéritos concretos e apresenta-se, ainda, incompatível com o labor para justificar ordens concretas extraprocessuais e não sujeitas a qualquer regime legal para o respetivo controlo, dizendo-se na fundamentação da diretiva que, apesar da direção ser um poder legal próprio do MP, esse órgão “não tem que justificar a sua posição, ou seja o processo interno que, numa magistratura ‘una e indivisível’, foi necessário para assumir uma determinada solução processual”, no que se revela a cultura sobre os poderes do Estado defendida no parecer e acolhida na diretiva que tornou a respetiva doutrina obrigatória para o MP» (DÁ MESQUITA, 2020b).

¹²⁴ Veja-se o soberbo texto de FIGUEIREDO DIAS, «Autonomia do Ministério Público e seu dever de prestar contas à comunidade: um equilíbrio difícil», que logo à entrada postula que «os princípios da autonomia do Ministério Público e o seu dever de prestar contas à comunidade constituem decorrências autênticas do princípio democrático» (FIGUEIREDO DIAS, 2007, 192). Também assim, JOANA MARQUES VIDAL, 2006, 91: «Mas tão importante como a definição das orientações procedimentais, é a transparência de que se devem revestir e a respetiva divulgação. [...] Ao nível externo, uma ampla divulgação, constituiria um dos elementos que permitiria uma verdadeira assunção da chamada “responsabilidade comunitária”, que muitos exigem à magistratura do Ministério Público, ou seja, a necessidade de prestar contas à comunidade pelas suas prestações funcionais e pelos resultados da execução das funções que lhe caibam por força da lei.» Também o XI Congresso do Ministério Público concluiu, de forma enfática, que «[a]pesar de a sua ação se pautar pelo respeito da legalidade e por critérios de objectividade, o Ministério Público não pode deixar de prestar contas à sociedade» (conclusão 32, Sindicato, 2008, p. 216).

¹²⁵ Parecer do CC 33/19, ponto 4.1: «O Código não prevê, em lado algum, a junção aos autos dos atos de carácter administrativo prévio, praticados pelo superior hierárquico, no âmbito da relação de subordinação, violando, por isso, a sua junção também a legalidade processual: art. 2.º do Código de Processo Penal.»

determinado inquérito. A processualização do inquérito preliminar como verdadeira fase do processo visou justamente trazer para a esfera da legalidade a investigação feita às ocultas e livre das regras processuais. É insustentável num Estado de Direito que a legalidade processual seja agora invocada como arma de arremesso contra a processualização das ordens concretas do hierarca. O apelo à transparência de Cunha Rodrigues, Maia Costa, António Cluny, Dá Mesquita, Mouraz Lopes, Rui Medeiros e José Moutinho não serviu de nada. As obrigações decorrentes do direito europeu dos direitos humanos e do direito penal internacional relativas à *disclosure* antes, durante e após a investigação formal foram negligenciadas e, por sobre tudo isto, foi ignorada a voz unânime dos juízes do Palácio Ratton no sentido da interdição constitucional de pré e para-processos penais, com atos com reflexo no processo penal subtraídos ao tribunal.

91. Quanto se disse seria suficiente para concluir pela desconformidade da Diretiva com a principiologia constitucional constitutiva do MP português e as obrigações internacionais do Estado português. Mas há mais: é surpreendente que quer os pareceres do CC quer as Diretivas da PGR tenham obnubilado a discussão tida a este propósito no próprio CC. A discussão em torno da dicotomia de atos processuais em sentido próprio e em sentido impróprio não é nova. No famoso parecer do CC 23/94¹²⁶, os atos processuais eram assim definidos: «[a]cto processual pode caracterizar-se como toda a acção, comportamento ou actuação praticada no processo, ou em vista do processo; os actos processuais constituem a dinâmica processual enquanto unidade perspectivada pelo fim de realização do direito e objectivo de efectivação da justiça».

92. Com base nesta conceção ampla de ato processual¹²⁷, o CC acrescentava que «nos actos processuais os seus efeitos jurídicos incidem sobre a relação jurídica processual. Mas, incidindo sobre a relação jurídica processual, podem não ser praticados no processo; basta que produzam efeitos processuais, embora possam ser, em si mesmos, exteriores ao processo. O que releva é a natureza do fim, isto é, da finalidade com que sejam praticados, que os efeitos no processo denunciam». Destes atos processuais ou extraprocessuais destinados a produzir efeitos no processo distinguem-se, no dizer do CC, «todos aqueles – ou todas aquelas situações – que, com reflexos embora no processo, ou que sejam susceptíveis de vir – também – a produzir efeitos no processo, sejam praticados, *ab origine*, com diversa finalidade. Neste limite, tem-se particularmente em vista tudo quanto ocorra antes ou à margem da relação jurídica processual; isto é, actos anteriores ou contemporâneos da relação processual. Visto que o critério essencial para determinar a natureza processual ou não de determinados actos é o da respectiva finalidade – da sua influência directa no processo ou o seu destino a fins processuais – imediatamente se concluirá que uma série de actos, cuja prática a lei prevê que ocorra anteriormente à constituição

¹²⁶ Parecer do CC 23/94, e notando a importância deste parecer, Magistrados do Ministério Público do Distrito Judicial do Porto, Comentários, anotação 3 ao artigo 85.º, e SIMAS SANTOS, e LEAL-HENRIQUE, 2008, 561.

¹²⁷ Partilhada pela doutrina, ver PAULO ALBUQUERQUE, *Comentário*, anotação aos artigos 241.º, 249.º e 262.º e as referências doutrinárias nele inseridas, bem como GERMANO MARQUES DA SILVA, 2011, 32 e 33: «todos os actos que se integram nessa sequência processual são actos processuais, mas não só. São ainda actos processuais aqueles que não se integrando na sequência processual, produzem efeitos processuais, embora sejam, em si mesmos, exteriores ao processo».

da relação processual, sejam formal e materialmente actos processuais, quer pela competência para a sua prática, quer pelo conteúdo, quer pelas finalidades».

93. Portanto, a dicotomia entre atos processuais em sentido próprio e em sentido impróprio, tal como ela foi formulada pelos pareceres do CC e adotada pela Diretiva 4/2020, desrespeita o próprio conceito de ato processual, firmado no parecer do CC 23/94. É que as ordens concretas do hierarca que se destinam a ter efeitos num determinado processo são, de acordo com os próprios critérios do CC, atos processuais e, por conseguinte, são atos submetidos ao regime de segredo/publicidade vigente no processo a que se destinam. Apliquemos um a um os três critérios do parecer 23/94. *Primo*, as ditas ordens são atos processuais «pela competência para a sua prática», uma vez que elas promanam de Magistrado do MP com competência estatutária e processual para intervir no processo, o hierarca. *Secondo*, são-no «pelo seu conteúdo», uma vez que as ordens concretas têm por objeto conformar a própria dinâmica processual de acordo com o ponto de vista do hierarca. *Terzo*, são-no ainda pelas suas «finalidades», uma vez que as ordens concretas do hierarca visam condicionar o titular do inquérito no exercício da sua função de direção do mesmo, pelo que os seus fins esgotam-se no processo a que se destinam e não visam quaisquer outros.

94. Como atos administrativos que não são atos processuais em sentido próprio, o CC identificava, no dito parecer 23/94, certas averiguações e controlos: «[a]s averiguações e controlos são efectuados no âmbito de uma competência própria, que nada tem a ver, sequer mediamente, com a produção de quaisquer efeitos processuais; destinam-se a apurar as condições e o modo de funcionamento dos serviços e, eventualmente, a detectar irregularidades nesse funcionamento ou na actuação dos funcionários, para serem relatadas às autoridades hierarquicamente competentes». Não pode pretender-se a esta luz que as ordens concretas do hierarca que se destinam a produzir efeitos num processo determinado, como prevê a Diretiva, possam ser equiparadas àquelas averiguações ou controlos. Não pode alegar-se que aquelas ordens concretas do hierarca nada têm a ver, «sequer mediamente», com a produção de quaisquer efeitos processuais. É, por isso, inadmissível que o CC e a PGR tenham ignorado a lição do parecer do CC 23/94, assinado pela mão muito douta de Henriques Gaspar¹²⁸.

95. Posto de modo categórico, a criação de uma categoria de atos extraprocessuais que se destinam a produzir efeitos no processo, mas ficam submetidos a um regime jurídico fixado em Diretiva da PGR e distinto do regime jurídico dos atos processuais do CPP e que podem ser mantidos à margem do tribunal, é uma perversão grave da noção de ato processual do próprio Conselho Consultivo, que frustra as garantias constitucionais inerentes ao processo penal, incluindo as relativas à processualização do inquérito e à sua sujeição à tutela judicial (artigo 32.º, n.º 1, 4 e 5, da CRP). Com total acerto, conclui Dá Mesquita que a Diretiva 4/2020 é um «[r]egulamento procuratório que, embora nunca se refira especificamente a juízes e tribunais, parece privar estes do «dossiê» das decisões secretas, pois se o “dossiê” não integra o processo não

¹²⁸ Note-se, aliás, que se trata de doutrina consolidada do CC, uma vez que o parecer 23/94, se inspira no parecer 137/76, in *BMJ*, 273, 56, cuja doutrina foi também, em substância, reiterada nos pareceres 15/95 (sobre atos extraprocessuais de varejo e exame do órgão de polícia fiscal aduaneira, que trata como atos de pura prevenção criminal) e 64/2006 (sobre atos extraprocessuais policiais de identificação de pessoas).

seguirá para o controlo direto que os tribunais independentes exercem sobre os autos do inquérito quando estes transitam para incidentes e fases judiciais»¹²⁹.

3. O dossiê e o acesso de terceiros ao dossiê

96. A Diretiva 4/2020 prevê a instauração de um dossiê de preparação e a sua tramitação em três níveis hierárquicos: ao nível do titular do processo destinatário das ordens, ao nível do hierarca («imediate superior hierárquico», ponto I.1) que dá as ordens e ao nível do «imediate superior hierárquico do magistrado que as emanou» (ponto I.5).

97. O conteúdo do dossiê não é regulado. Parece que contém, pelo menos, ordens e instruções que se destinem a produzir efeitos num determinado processo (ponto I-2), declarações de recusa destas ordens ou instruções (ponto II-1.1), informações do titular do processo sobre acesso às ordens e instruções, «outros elementos que habilitem à decisão» sobre o acesso (ponto III-4-b), a decisão sobre o acesso, a reapreciação hierárquica¹³⁰ e as comunicações feitas nos termos do ponto V-2. A ser assim, o dossiê é um verdadeiro para-inquérito, que pode até incluir elementos de prova, sem qualquer cobertura legal, não sendo invocável o disposto no artigo 11.º, n.º 1 e 2, do EMP, para o efeito, que obviamente não pode ser convertido em fonte de poderes legislativos derivados do PGR.

98. Durante a sua audição na AR, no dia 19 de janeiro de 2021¹³¹, a PGR afirmou que o dossiê «contém um conjunto de coisas [...] para mais tarde recordar», não se percebendo que coisas são essas. Certo é que, nas palavras da PGR, «quando há afinação de critério, ainda que eventualmente no primeiro momento houvesse alguma dúvida ou divergência entre um e outro, superior hierárquico e inferior hierárquico, se essa concertação surge, não há obviamente uma verdadeira e própria ordem [...], não há necessidade de ser emitida a ordem, que pressupõe naturalmente a existência de divergência». Portanto, nas próprias palavras da PGR, continua a poder haver «afinação» de critérios entre superior e inferior hierárquico fora do processo e nas costas dos sujeitos processuais. As ordens mais ou menos encapotadas têm aqui terreno fértil¹³².

99. O parecer do CC 9/2020 não previa um regime de acesso ao dossiê, pela razão simples de que omitia qualquer menção à existência de um dossiê. Apenas se propunha um regime de acesso à concreta ordem dada pelo hierarca. Contudo, a questão do acesso ao dossiê foi claramente colocada pela PGR nas perguntas dirigidas ao CC no parecer 9/2020, mas não foi respondida nas conclusões do parecer. Na motivação do parecer 9/2020, o CC admitia que «a hierarquia seja instada a apresentar os documentos burocráticos relativos a uma intervenção hierárquica», considerando que

¹²⁹ PAULO DÁ MESQUITA, 2020b.

¹³⁰ Não é claro se a reapreciação hierárquica da recusa do acesso (ponto III.5) deve ser incorporada no dossiê do hierarca (ponto I.2) ou num outro dossiê que deve ser aberto pelo imediate superior hierárquico do magistrado que deu as ordens (ponto I.5).

¹³¹ <https://canal.parlamento.pt/?cid=5058&title=audicao-da-procuradora-geral-da-republica>.

¹³² Com o risco de uma «hierarquia obscura, fomentando a desconfiança no funcionamento do Ministério Público pelos cidadãos, afectados por decisões que nunca conheceriam, de pessoas cujos impedimentos nunca poderiam suscitar», como bem nota RUI CARDOSO (2019, 29).

eles não estão cobertos por qualquer segredo. Mas simultaneamente queria evitar a todo custo «a revelação de razões internas que podem prejudicar o devido exercício da pretensão punitiva estadual» (ponto IV.1), no pressuposto, confessado, mas inconfessável, de que «o conhecimento de uma divergência interna do Ministério Público pode fragilizar a sua posição processual (o mero conhecimento da situação pode, na dúvida, contribuir para uma absolvição injustificada) ou fornecer pretextos de defesa suplementares». E inconfessável porque tem implícito este pensamento: «[a] imposição de tudo revelar gera, sobretudo nas fases preliminares do processo, uma desigualdade com as outras “partes” protegidas pelo sigilo profissional [...]». Como se o MP português não fosse autoridade judiciária, mas fosse uma mera parte processual. Como se o MP português não dirigisse o inquérito investido de um poder soberano do Estado de administrar justiça na fase preliminar e mais delicada do processo penal. Como se o MP tivesse que esconder o modo como trabalha para fazer justiça. Como se os portugueses, todos os portugueses, e não apenas os suspeitos de crimes, não tivessem o direito de saber como é que o MP chega às conclusões que verte para o processo. Só aceitando estes pressupostos inconfessáveis, se pode concluir, sem pestanejar, que «enquanto a investigação decorrer [...] nada poderá ser revelado pelo subordinado»¹³³.

100. E não serve de consolo sustentar que depois de terminado o processo tudo poderá ser revelado, mesmo aquilo que não esteja consignado no mesmo, como diz o CC¹³⁴. Expulsar a publicidade das ordens do hierarca para fora do processo penal, depois do trânsito em julgado, é bem a última coisa que um MP de uma democracia pode desejar. De que serve a publicidade se a culpa já estiver definitivamente fixada com base em condutas impróprias da hierarquia, com ou sem o beneplácito do titular do inquérito?

101. Acresce que o CC ignora que os sujeitos processuais não têm poderes divinatórios para descobrir e reclamar o acesso a «tudo aquilo que não esteja consignado no processo»¹³⁵, como ignora também, e sobretudo, os estragos irreversíveis para a aquisição da prova que podem resultar de erros cometidos na fase do inquérito¹³⁶, sobretudo no contexto de uma direção «desprocessualizada» do inquérito.

102. A Diretiva 4/2020 não regula o acesso ao dossiê, mas apenas o acesso às ordens. O ponto III cria um regime de segredo para as ordens, mas não para o dossiê. Ou seja, a Diretiva da Ilustra PGR não responde à questão que ela própria colocou ao CC, logo indicadas no cabeçalho do pedido de parecer 9/2020.

103. A Diretiva 4/2020 só regula o acesso às ordens que tenham produzido efeito no processo a que se destinavam («no processo onde a mesma produziu efeitos», diz o ponto III.1). Não se prevê, portanto, o acesso às ordens que não produziram

¹³³ Parecer do CC 9/2020, ponto IV.4.

¹³⁴ Parecer do CC 9/2020, ponto IV.4: «Já depois de terminado o processo tudo poderá ser revelado. Mesmo aquilo que não esteja consignado no mesmo.»

¹³⁵ *Idem, ibidem.*

¹³⁶ Como já sublinhou EUCLIDES SIMÕES, 2010, 38, falando do inquérito nestes termos: «Aí se traça, por vezes irremediavelmente, o destino dos processos. [...] Eventual nulidade de prova, com o correlativo “efeito à distância”, poderá constituir, num futuro próximo ou longínquo, a derrocada de todo o edifício, com enormes perdas de tempo e dinheiro e, sobretudo, com sensíveis agravamentos do sentimento geral de impunidade.»

efeito, por terem sido recusadas pelo titular do inquérito. O ponto não é de somenos importância, pois as ordens recusadas podem ser muitíssimo relevantes para apurar da imparcialidade com que o inquérito foi dirigido e do contexto de maior ou menor pressão que envolveu o Magistrado titular do inquérito.

104. O regime de segredo das ordens previsto na Diretiva 4/2020 é distinto do regime de segredo de justiça do CPP. Desde logo, o segredo da ordem pode ser decretado mesmo quando o inquérito não se encontre sujeito a segredo de justiça. O ponto II.1, al. b), estipula «em particular nas situações em que o inquérito se encontre sujeito a segredo de justiça», o que permite a ilação de que o segredo da ordem também pode ser decretado quando o inquérito não se encontre em segredo de justiça. Acresce que na Diretiva o princípio é o do segredo da ordem do hierarca e a exceção a publicidade, ao contrário do que sucede no CPP desde 2007, em que o inverso é verdade, vigorando a publicidade como regra no inquérito e o segredo como exceção. Não prevê a Diretiva qualquer distinção entre o regime de segredo interno e externo da ordem, ao contrário do que estatui o CPP no tocante ao segredo interno e externo do inquérito. Por fim, com razão Dá Mesquita aduz que se desrespeita «um regime legal que estabelece o segredo de justiça como única forma de ocultação de decisões dirigidas ao processo penal, sendo a sujeição a segredo do inquérito sempre controlada em última instância por juízes e não por membros do MP. E mesmo o segredo de justiça compreende uma limitação de acesso apenas temporária, pois a partir de determinado momento todos os atos decisórios estarão obrigatoriamente disponíveis a todos os que consultem o processo, nomeadamente, quando os autos transitarem para fases judiciais»¹³⁷.

105. Na verdade, a ser aplicada a Diretiva 4/2020, raramente os sujeitos e interessados processuais conhecerão o que quer que seja das ordens hierárquicas que não são atos processuais em sentido próprio e menos ainda do dossiê que as acompanha. Não estamos longe dos modos de atuar sombrios que foram muito justamente causticados por Maia Costa e António Cluny. *Old habits die hard...*

106. Segundo a Diretiva 4/2020, o pedido de acesso é decidido pelo hierarca que deu a ordem, mas o parecer do CC 9/2020 (conclusão 5.^a) propõe que a decisão sobre a divulgação da ordem deva ser tomada pelo titular do processo. A Diretiva prevê a reapreciação hierárquica da recusa de acesso, sem que o parecer 9/2020 a preveja. Não há qualquer justificação na Diretiva para esta disparidade de opções de política criminal. Nem ela foi dada na audição da PGR na AR, tendo esta sustentado apenas que este seria um «mecanismo absolutamente residual», que consagra a prática que vem sendo seguida¹³⁸, embora também tenha acrescentado que não tinha conhecimento de nenhuma ordem na sua experiência como Magistrada que tramitou inquéritos.

107. Em síntese, a Diretiva padece dos seguintes vícios no que tange ao dossiê e ao acesso ao mesmo por sujeitos e intervenientes processuais: 1. Não regula o conteúdo do dossiê, 2. Veda o acesso ao dossiê por sujeitos e intervenientes processuais, e 3. Omite o acesso por estes às ordens recusadas.

¹³⁷ Paulo Dá Mesquita (2020b).

¹³⁸ Também o parecer do CC 9/2020 (ponto IV.1) refere que os casos de ordens concretas do hierarca dirigidas ao titular do inquérito são «pouco significativas na práxis processual quotidiana».

108. Estas deficiências são exponencialmente agravadas pela circunstância de tudo isto ter sido decretado e estipulado nas costas da Assembleia da República, que tem reserva relativa em matéria de processo penal [artigo 165.º, n.º 1, al. c), da CRP]. Viola esta reserva a criação de um regime de segredo distinto do estabelecido pelo CPP para as ordens concretas do hierarca sobre o modo de condução do inquérito pelo Magistrado do MP seu titular. Se a reserva de ato legislativo vale para matéria de competência de unidades da polícia, que não pode ser decidida por portaria,¹³⁹ por maioria de razão, valerá para a competência de órgãos do MP, incluindo a competência do hierarca para decidir sobre o segredo relativo a atos com relevância para (ou que se refletem no) o processo penal. Admitir uma disciplina inovatória por parte da Diretiva significaria que a competência dos magistrados do MP – e reversamente os direitos de participação dos sujeitos processuais e particularmente do direito de defesa do arguido – em processo penal poderia ser comprimida ou alargada por via administrativa.

4. Impedimentos

109. A Diretiva 4/2020 prevê que o hierarca que deu ordem que não constitua ato processual em sentido próprio e que tenha sido «determinante para a conformação do resultado final do inquérito» pondere a declaração do seu impedimento ou pedido de escusa, nos termos estabelecidos no CPP (ponto IV). «Ponderar» é o verbo utilizado. Ao invés, o CC conclui perentoriamente que o hierarca «deverá» declarar-se impedido «nos casos em que as suas próprias imposições hierárquicas forem determinantes para a conformação do resultado final, colocando em causa a objetividade» (conclusão 16.^a do parecer 9/2020). Não vem justificada na introdução da Diretiva a diferença de pontos de vista.

110. Com esta disposição, a PGR procurou resolver o problema colocado por Paulo Dá Mesquita: «se a única entidade com poder resolutivo-repressivo tivesse o poder de pré-conformação do acto estar-se-ia perante um poder incontrolado e insindicável que cumulária os dois poderes burocrático-funcionais: conformador e controlador da decisão»¹⁴⁰.

111. Na verdade, o argumento de Dá Mesquita prova demais, pois à luz do artigo 278.º do CPP o hierarca já cumula um poder controlador e conformador. É que a lei vigente já permite que o hierarca que controla o «produto final do inquérito» ordene «as diligências a efectuar» quando não estiver satisfeito com aquele produto. Mais: sendo realizadas as diligências ordenadas e concluindo o titular do inquérito de novo pelo arquivamento, o (mesmo) hierarca pode impor de novo a sua

¹³⁹ Acórdão do TC 304/2008, sobre os artigos 22.º, n.º 2, e 29.º, n.º 1, do Decreto da Assembleia da República n.º 204/X.

¹⁴⁰ PAULO DÁ MESQUITA, 2003, 299, e de novo, 2010, 284. O argumento é repetido recentemente com uma nova formulação (2020a): «A circunstância de o mesmo agente que pode proibir fora do processo o procurador do inquérito de desenvolver determinadas diligências investigatórias cumular a competência exclusiva para apreciar o direito das vítimas e da generalidade dos cidadãos relativamente a alguns crimes (que atingem interesses coletivos como o de corrupção) provocarem a reapreciação da omissão de atos de investigação ocultamente imposta pelo aludido hierarca esvazia um elemento nuclear do equilíbrio do regime legal (quem controla é, afinal, quem decidiu).»

vontade, indicando novas diligências ou até ordenando a dedução da acusação. Isto é, o perigo que Dá Mesquita quer esconjurar (de um hierarca «que cumularia os dois poderes burocrático-funcionais: conformador e controlador da decisão») já resulta da própria lei positiva. No CPP vigente, o hierarca já «pode determinar de forma decisiva o sentido do despacho final».

112. Também não vale arremessar contra a Diretiva a crítica de que, podendo as ordens que conduziram à decisão de arquivamento provir de qualquer membro da superior hierarquia funcional (incluindo até do PGR) e sendo o imediato superior hierárquico do autor do despacho de arquivamento a controlar esta decisão, poderia ocorrer a situação paradoxal de um superior hierárquico ver as suas ordens controladas por um inferior hierárquico. A razão é simples: a Diretiva apenas prevê o direito do imediato superior hierárquico dar ordens ao titular do inquérito, isto é, a mesma pessoa que é incumbida pelo CPP de controlar a decisão de arquivamento.

113. Contudo, a Diretiva não sobrevive a outra crítica, de natureza mais substantiva. Ela é omissa no caso de o hierarca não se declarar impedido e, designadamente, ela não prevê a intervenção do Magistrado hierarquicamente superior ao hierarca, ao contrário do que sucede no artigo 54.º, n.º 2, do CPP. Como não prevê a possibilidade de dedução de pedido de recusa do hierarca¹⁴¹. Deste modo, a Diretiva restringe gravemente as possibilidades de defesa dos sujeitos processuais. Acresce que não faz qualquer sentido que a imparcialidade do hierarca autor da ordem seja menos controlável do que a do titular do inquérito que a ela obedecesse.

114. Por fim, subsiste um outro problema que vai mais fundo. Os regimes de impedimentos dos Magistrados do MP estão fixados nos artigos 109.º e 116.º do EMP e artigo 54.º do CPP. Esta é matéria fundamental da reserva de lei [artigo 165.º, n.º 1, al. c), da CRP]. Compreende-se, por isso, que o Deputado José Magalhães, na audição do Presidente do SMMP, a 3 de fevereiro de 2021¹⁴², tivesse considerado que os impedimentos dos Magistrados do MP só podem ser fixados pela AR. Note-se que, já antes, o Deputado António Filipe tinha formulado idênticas reservas, a 19 de janeiro de 2021, aquando da audição da PGR¹⁴³. Por isso, a Diretiva 4/2020 viola, também por este motivo, a reserva relativa da competência da AR.

5. Comunicações

115. As comunicações à hierarquia prevista no ponto V da Diretiva 4/2020 podem ser feitas *ex ante* («tenham») e *ex post facto* («venham a ter»). Elas visam permitir ao hierarca acompanhar algumas categorias de processos mais sensíveis. Trata-se, esta sim, de matéria de natureza administrativa e organizativa, de que a PGR pode dispor. Não há aqui qualquer novidade. A Circular n.º 6/02 de 2002-03-11, «Artigo 270.º do Código de Processo Penal. Delegação de competência. Actividade processual do

¹⁴¹ O direito de recusar um membro do MP é um direito fundamental da defesa e dos outros sujeitos processuais, designadamente do assistente (assim, PAULO DÁ MESQUITA, 2003, 240, e Magistrados do Ministério Público do Distrito Judicial do Porto, Comentários, anotação 2 ao artigo 54.º).

¹⁴² <https://canal.parlamento.pt/?cid=5098&title=audicao-do-presidente-do-sindicato-dos-magistrados-do-ministerio-publico>.

¹⁴³ <https://canal.parlamento.pt/?cid=5058&title=audicao-da-procuradora-geral-da-republica>.

Ministério Público», já previa no seu ponto V-4: «Os Magistrados comunicarão ao seu superior hierárquico imediato, nos termos a definir pelos Procuradores Gerais Distritais, os despachos de arquivamento proferidos nos termos dos n.º 1 e 2 do artigo 277.º do Código de Processo Penal, relativamente a processos por crimes puníveis com pena de prisão superior a 5 anos, salvo se forem contra desconhecidos, ou tratando-se de casos que tenham tido, ou se preveja que venham a ter importante impacto público» e no seu ponto VI-2 «Os Magistrados comunicarão ao Departamento Central de Investigação e Acção Penal a instauração dos processos de inquérito relativos a crimes previstos no n.º 1, do artigo 47.º do Estatuto, no prazo de 5 dias após a instauração dos processos, fazendo-se menção desse facto no processo».

6. Avocação

116. Após recusa de uma ordem pelo titular do processo, o hierarca pode avocar ou substituir o magistrado (artigo 100.º, n.º 5, do EMP). Além desta previsão, só o artigo 276.º, n.º 8, do CPP prevê semelhante poder. Portanto, a avocação não está prevista para «específicas tipologias criminais», nem para satisfazer «exigências de intervenção uniforme», nem para casos de «excepcional complexidade e gravidade dos crimes e das suas consequências», nem para casos de «particular sensibilidade que revistam em razão da relevância dos interesses envolvidos, da qualidade dos sujeitos e intervenientes processuais [...] e da especial vulnerabilidade das vítimas».

117. Contudo, a Diretiva alarga o âmbito da avocação de processos penais, introduzindo novos critérios de avocação no ponto VI.2, conjugado com o ponto V.1. Embora remeta para as regras estabelecidas no EMP, na verdade, a Diretiva vai além delas, penetrando na área de reserva de lei [artigo 165.º, n.º 1, al. c), da CRP]. Uma Diretiva da PGR não pode substituir-se ao legislador, criando critérios novos de avocação de processos criminais, que os Procuradores-Gerais Regionais devem ponderar no exercício dos seus poderes diretivos genéricos. Também por esta razão, a Diretiva 4/2020 não pode ser tida como compatível com a reserva relativa da AR.

III. Conclusões

118. Nem a CRP, nem o CPP nem o EMP obstam a que o hierarca profira ordens concretas, escritas e fundamentadas, que se destinem a produzir efeitos num determinado processo penal, fora do âmbito dos casos de intervenção hierárquica previstos no CPP.

119. A CRP impõe que todas as ordens do hierarca destinadas a produzir efeitos num determinado processo penal sejam integralmente inseridas no processo a que se destinam, com identificação do seu autor. As ordens do hierarca que se destinam a um processo penal determinado que não sejam nele inseridas são tidas como inexistentes e, portanto, não se lhes deve obediência.

120. O hierarca não pode dar ordens encobertas, veladas, subentendidas, tácitas ou implícitas ao titular do inquérito, anomalias que em qualquer caso só seriam possíveis à revelia da Constituição e da lei.

121. As ordens do hierarca destinadas a um processo penal determinado e nele inseridas obedecem ao mesmíssimo regime de segredo interno e externo previsto no

CPP que se encontrar em vigor no momento da sua inserção no processo e ao regime de segredo que vier a vigorar daí para diante no dito processo.

122. Aplicam-se ao hierarca que der ordens concretas destinadas a um processo penal determinado as regras previstas no artigo 54.º do CPP. Portanto, os impedimentos, recusas e escusas do hierarca são conhecidos e decididos pelo superior hierárquico do mesmo.

123. Não obstante o seu sumário, a Diretiva 4/2020 não trata do exercício de poderes hierárquicos em processo penal, mas apenas do poder do hierarca dar ordens concretas que se destinam a produzir efeitos num determinado processo penal e dos procedimentos atinentes ao exercício desse poder, fora dos casos expressamente previstos na lei. Ela não trata, designadamente, do poder do hierarca dar instruções genéricas, nem do poder de dar ordens concretas nos casos expressamente previstos na lei, nem do poder de conhecer da reclamação hierárquica de atos do Magistrado titular do inquérito que afetem os sujeitos e interessados processuais e outros terceiros.

124. A Diretiva 4/2020 revoga tacitamente o conceito restritivo de ordem da Diretiva 5/2014, definindo administrativamente e inovadoramente a organização burocrática do MP e a competência quer do Magistrado titular do inquérito quer do hierarca. Deste modo, ela invade a reserva relativa da AR [artigo 165.º, n.º 1, al. p), da CRP].

125. A Diretiva 4/2020 segue os pressupostos jurídicos dos pareceres do CC 33/19 e 9/2020, mas não o regime jurídico neles proposto. Ela comunga nos três pressupostos do CC: o hierarca tem competência para dar ordens concretas, escritas e fundamentadas destinadas a produzir efeitos num determinado processo, estas ordens são atos processuais em sentido impróprio e estes atos podem, em certas circunstâncias, ser mantidos em segredo e inacessíveis ao tribunal e aos restantes sujeitos processuais e participantes processuais.

126. A Diretiva 4/2020 é incompatível com o conceito constitucional de «ato do processo» (artigo 32.º, n.ºs 3, 4 e 6, da CRP), quando reconhece uma categoria de atos processuais em sentido impróprio que se destinam a produzir efeitos num determinado processo penal, mas que podem não ser inseridos no dito processo nem conhecidos pelo tribunal, criando deste modo um para-processo fora da legalidade processual.

127. A Diretiva 4/2020 viola a reserva relativa da AR em matéria de processo penal [artigo 165.º, n.º 1, al. c), da CRP], designadamente quando define impedimentos de Magistrados do Ministério Público e o faz em termos mais restritivos do que o CPP.

128. De igual modo, viola a reserva de lei quando prevê um regime de segredo, também distinto do estabelecido pelo CPP, de ordens concretas do hierarca destinadas a produzir efeito num determinado processo penal.

129. E viola ainda a reserva de lei quando estabelece novos critérios de avocação de processo penal.

130. Por força do princípio da legalidade processual e da reserva de lei, o poder do hierarca dar uma ordem concreta destinada a produzir efeitos num determinado processo penal deve ser definido e conformado pela lei. O mesmo valendo para o regime geral dos incidentes de reclamação hierárquica e os regimes específicos dos concretos incidentes em que essa reclamação hierárquica seja admitida.

Bibliografia

Albuquerque, Paulo

2003: *A Reforma da Justiça Criminal em Portugal e na Europa*, Coimbra, Almedina.

2011: *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 4.ª edição atualizada, Lisboa, Universidade Católica Editora (citado como *Comentário*).

Almeida, Maria Cândida de

2001: «O Ministério Público. Contributo para uma nova cidadania», in *Estudos em homenagem a Cunha Rodrigues*, Vol. 1, Coimbra, Coimbra Editora, pp. 41 a 70.

Andrade, Manuel da Costa

2009: «*Bruscamente no Verão Passado*», a *Reforma do Código de Processo Penal, Observações Críticas sobre uma Lei que Podia e Devia ter sido Diferente*, Coimbra, Coimbra Editora.

Barreiros, José António

1983: «Programa para um estatuto do Ministério Público», in *ROA*, ano 43, pp. 157 a 178.

1997: *Sistema e Estrutura do Processo Penal Português*, volume II, Oliveira de Azeméis, Edição do Autor.

Canotilho, Gomes

1997: *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Coimbra, Almedina.

Cardoso, Rui

2013: «Nova Organização Judiciária – desafios e perspectivas para o Ministério Público», in *RMP*, ano 34, n.º 137, pp. 47 a 86.

2019: «Intervenção hierárquica no processo penal no novo Estatuto do Ministério Público – primeiras notas para a reavaliação da questão», in *RMP*, ano 40, n.º 159, pp. 23 a 42.

Carmo, Rui

1995: «A autonomia do Ministério Público e o exercício da acção penal», in *Revista do CEJ*, III-IV, pp. 103 a 124.

Carvalho, Inês

2011: *Em defesa da legalidade democrática – o estatuto constitucional do Ministério Público português*, SMMP.

Cluny, António

1997: *Pensar o Ministério Público hoje*, Lisboa, Edições Cosmos.

Costa, Eduardo Maia

1995: «O modelo português do Ministério Público: autonomia e centralismo», in *RMP*, ano 16, n.º 63, pp. 151 a 157.

Cunha, Adriano

2020: «Autonomia no Ministério Público», in *RMP* n.º 161, pp 277 a 287.

Dias, João Paulo, e outros

2008: «O Ministério Público em Portugal», in João Paulo Dias e Rodrigo Azevedo (coords.), *O papel do Ministério Público, Estudo comparado dos países latino-americanos*, Coimbra, Almedina, pp. 27 a 69.

Dias, Jorge Figueiredo

- 1973: «O dever de obediência hierárquica e a posição do Ministério Público no Processo Penal», in *RLJ*, ano 106, n.º 3500, pp. 171 a 176.
- 1974: *Direito Processual Penal*, Primeiro Volume, Coimbra, Coimbra Editora.
- 1989: «Sobre os sujeitos processuais no novo Código de processo penal», in *AA.VV., Jornadas de Direito Processual Penal*, Coimbra, Almedina, pp. 1 a 34.
- 2005: «Autonomia e responsabilidade comunitária do Ministério Público: um equilíbrio difícil», in *25 anos do Estatuto do Ministério Público*, Procuradoria-Geral da República, pp. 71 a 85.
- 2007: «Autonomia do Ministério Público e seu dever de prestar contas à comunidade: um equilíbrio difícil», in *RPCC*, ano 17, pp. 191 a 206.
- 2008: «Sobre a revisão de 2007 do Código de Processo Penal Português», in *RPCC*, ano 18, pp. 367 a 389.
- 2009: «O processo penal português – Problemas e perspectivas», in *AA.VV., Que futuro para o direito processual penal? Simpósio em homenagem a Jorge Figueiredo Dias por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal*, Coimbra, Coimbra Editora, pp. 805 a 819.

Fábrica, Luís Sousa da

- 2008: Intervenção, *Congresso XI do Ministério Público*, Lisboa, SMMP, pp. 101 a 108.
- 2019: *Autonomia e Hierarquia no Estatuto do Ministério Público*, Lisboa, SMMP.

Felgueira, Luís António

- 2005: «O Ministério Público e a autonomia», in *Themis, Revista da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa*, ano 6, n.º 11, pp. 347 a 353.

Filipe, António

- 2008: Intervenção, *Congresso XI do Ministério Público*, Lisboa, SMMP, pp. 109 a 115.

Fonseca, Guilherme da

- 1984: «Reflexão breve sobre o MP e o Poder Político», in *O Ministério Público numa sociedade democrática*, SMMP, Livros Horizonte, pp. 14 a 20.
- 1987: «O Ministério Público e a Constituição», in *RMP*, n.º 31, pp. 67 a 96.

Gama, António, e outros

- 2019: *Comentário Judiciário do Código de Processo Penal*, tomos I e II, Coimbra, Almedina (citado como *Comentário Judiciário*).

Gaspar, António Henriques

- 1992: «Impugnação das decisões do Ministério Público no inquérito», in *RMP*, ano 13, n.º 49, pp. 71 a 83.
- 1994: «Ministério Público, hierarquia e processo penal», in *RMP-cadernos*, n.º 6, 1994, pp. 79 a 91.
- 1995: «Especialização da investigação e competência extraterritorial: autonomia e limites de intervenção hierárquica», in *RMP*, ano 16, n.º 62, pp. 47 a 55.
- 2004: «As acções encobertas e o processo penal, Questões sobre a prova e o processo equitativo», in *CEJ, Medidas de combate à criminalidade organizada e económico-financeira*, Coimbra, Almedina, pp. 43 a 53.
- 2008: «Processo penal: reforma ou revisão, As rupturas silenciosas e os fundamentos (aparentes) da descontinuidade», in *RPCC*, ano 18, pp. 347 a 366.

Gaspar, António Henriques, e outros

- 2016: *Código de Processo Penal Comentado*, 2.^a edição, Coimbra, Almedina (citado como *CPP Comentado*)

Junior, Arthur Pinto de Lemos

2003: «O papel do Ministério Público dentro do processo penal, à vista dos princípios constitucionais», in *Revista do Ministério Público*, ano 24, n.º 93, pp. 7 a 46.

Lopes, José Mouraz

2020: «A diretiva da PGR e o Código de Processo Penal: o tempo do direito!», in *Público*, 24 de novembro de 2020.

Lúcio, Laborinho

2009: «O Estatuto do Ministério Público e a Reforma do Mapa Judiciário», in *RMP*, ano 30, n.º 117, pp. 5 a 25.

Magistrados do Ministério Público do Distrito Judicial do Porto

2009: *Código de Processo Penal. Comentário e Notas Práticas*, Coimbra, Coimbra Editora (citado como Magistrados do Ministério Público do Distrito Judicial do Porto, Comentário).

Marçalo, Ana Paula

2011: *Estatuto do Ministério Público anotado*, Coimbra, Coimbra Editora.

Maximiano, António Rodrigues

1984: «A Lei Orgânica do Ministério Público (análise e experiência). Perspectivas e divulgação social do Ministério Público», *O Ministério Público numa sociedade democrática*, SMMP, Livros Horizonte, pp. 109 a 124.

2008: «Ministério Público e Processo Penal», in Artur Maurício e Rodrigues Maximiano, *Dois fundadores do Ministério Público Democrático (textos escolhidos)*, SMMP, pp. 157 a 215.

Medeiros, Rui, e José Moutinho

2009: *O Novo Mapa Judiciário perante o Estatuto Constitucional do Ministério Público*, Lisboa, SMMP.

Meirim, José

1992: «Recusa de cumprimento de Diretivas. Ordens e instruções com fundamento em grave violação da consciência jurídica», in *RMP*, ano 13, n.º 51, pp. 51 a 61.

Mendes, Paulo Sousa

2014: *Lições de Direito Processual Penal*, Coimbra, Almedina.

Mesquita, Paulo Dá

2003: *Direcção do inquérito penal e garantia judiciária*, Coimbra, Coimbra Editora.

2006: «Política criminal e reforma do Ministério Público», in *RMP*, ano 27, n.º 108, pp. 77 a 96 (de novo, com «pequena revisão», in *Processo penal, prova e sistema judiciário*, Coimbra, Coimbra Editora, pp. 403 a 424).

2010: *Processo penal, prova e sistema judiciário*, Coimbra, Coimbra Editora.

2017: «Estatuto do Ministério Público: raízes, programas, desenvolvimentos, sedimentações e desvios normativos», in AA.VV., *40 anos de políticas de justiça em Portugal*, Coimbra, Almedina.

2018: «Prazos da acção penal e procedimento para acusar», in *Julgar* 34, pp. 165 a 188.

2020a: «Uma diretiva da PGR que põe em causa checks and balances», in *Observador* de 16 de fevereiro de 2020.

2020b: «A criação pela PGR de um regime fora da lei», in *Observador* de 23 de novembro de 2020.

Moura, José Souto

2009: «A investigação e suas exigências no inquérito», in AA.VV., *Que futuro para o direito processual penal? Simpósio em homenagem a Jorge Figueiredo Dias por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal*, Coimbra, Coimbra Editora, pp. 73 a 86.

Oliveira, Alberto Andrade de

1990: «Impugnação dos despachos do Ministério Público em inquérito», in *RMP* ano 11, n.º 43, pp. 81 a 93.

Pereira, Rui

2004a: «O domínio do inquérito pelo Ministério Público», in Maria Fernanda Palma (coord.), *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais*, Coimbra, Almedina, pp. 119 a 132.

2004b: «Ministério Público: hierarquia e autonomia, Ministério Público, Instrumento do executivo ou órgão do poder judicial?», in IV Congresso do Ministério Público, *Cadernos da RMP*, n.º 6.

Ribeiro, Vinício

2011: *Código de Processo Penal. Notas e comentários*, 2.ª edição, Coimbra, Coimbra Editora.

Rodrigues, José Cunha

1995: «Sobre o modelo de hierarquia na organização do Ministério Público», in *RMP*, ano 16, n.º 62, pp. 11 a 31.

1999a: *Em nome do povo*, Coimbra, Coimbra Editora.

1999b: *Lugares do Direito*, Coimbra, Coimbra Editora.

2005: «Ministério Público: os passos de uma autonomia», in AA.VV., *25 anos do estatuto do Ministério Público*, Coimbra, Coimbra Editora, pp. 45 a 69.

Salreu, Pedro

2004: «The Prosecution Service in Portugal», in Peter Tak (ed.), *Tasks and Powers of the Prosecution Service in the EU Member States*, Nijmegen, Wolf Legal Publishers, volume I, pp. 385 a 404.

Santos, António Almeida

1998: «O Ministério Público num Estado de Direito Democrático», in *RMP*, n.º 74, pp. 9 a 24.

Santos, Manuel Simas, e Manuel Leal-Henriques

1999: *Código de Processo Penal Anotado*, I volume (arts. 1.º a 240.º), 2.ª edição, Lisboa, Rei dos Livros.

Silva, Germano Marques da

2011: *Curso de Processo Penal*, vol. II, 5.ª edição revista e atualizada, Lisboa, Verbo.

Simões, Euclides

2010: «A direção do inquérito: uma assunção full time?», in AA.VV., *III Congresso de Processo Penal*, Coimbra, Almedina, pp. 33 a 44.

2019: «Poderes da hierarquia do Ministério Público em matéria penal à luz do novo Estatuto», in *RMP*, ano 40, n.º 159, pp. 9 a 22.

Sindicato dos Magistrados do Ministério Público

2008: *Conclusões, Congresso XI do Ministério Público*, Lisboa, SMMP, pp. 211 a 216.

Tak, Peter (org)

2005: *Tasks and Powers of the Prosecution Services in the EU Member States*, Nijmegen, Wolf Legal Publishers.

Van Dunem, Francisca

2014: «Orientações de política criminal e responsabilidade política do PGR», in AA.VV., *Direito da Investigação Criminal e da Prova*, Coimbra, Almedina, pp. 95 a 114.

Vidal, Joana Marques

2006: «Boa governança: o papel da hierarquia na orientação da organização do Ministério Público», in *Procuradores europeus em diálogo: 8.ª Conferência Eurojustice*, Lisboa, Coimbra Editora, pp. 87 a 91.