

Para um Ministério Público como instituição de garantia^[*,**]

Luigi Ferrajoli

Professor da Universidade de Roma Tre

[*] O texto corresponde à comunicação apresentada no Seminário “Il Pubblico Ministero, l’accesso al giudice, i diritti dell’Uomo”, organizado pela MEDEL e pelas associações italianas *Magistratura Democratica* e *Movimento per la Giustizia*, realizado em Roma em 4 de Novembro de 2011.

[**] Tradução do italiano de Maria Leonor Bravo.

SUMÁRIO: I. O constitucionalismo de terceira geração
II. Também haverá Ministério Público em Berlim!
II.1. O Ministério Público na jurisdição constitucional
II.2. O Ministério Público como órgão de garantia dos direitos fundamentais
II.3. O Ministério Público de defesa
III. O Ministério Público como instituição de garantia.

I. O CONSTITUCIONALISMO DE TERCEIRA GERAÇÃO

Abordarei um tema relativamente invulgar na literatura italiana e europeia sobre o Ministério Público e todavia, na minha opinião, bastante fecundo para as finalidades da reflexão teórica sobre a natureza e sobre o papel desta figura de magistrado. É o tema das várias funções não relacionadas com a justiça criminal que nos últimos anos em muitos ordenamentos, especialmente na América Latina, têm sido atribuídas ao Ministério Público para além da sua tradicional função de órgão de acusação pública no processo penal^[1]. Na verdade, parece-me que essas novas funções exigem um

[1] Além disso, é relativamente às funções diferentes das de acusação pública que foi reconhecida a necessidade, por parte de um grupo de trabalho reunido em Paris, de 22 a 24 de junho de 2011, de formular, num relatório “sur le rôle du Ministère Publi-

que en dehors du système de la justice pénale” distribuído na preparação deste seminário, uma série de recomendações importantes, todas muito fundamentadas e consensuais. (Nota do Conselho de Redacção – relatório que originou a Recomendação do Comité de

Ministros do Conselho da Europa aos Estados-membros CM/Rec (2012/11), disponível *online* em https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016805c9d19 (acesso em 21.03.2018).

novo pensamento e uma redefinição no plano teórico – tendo em vista uma possível, ainda que, nos tempos que correm, improvável reforma no plano institucional – da figura do Ministério Público, até ao nível do paradigma constitucional das nossas democracias.

Para entender o significado e o alcance dessas novas funções, é necessário reflectir sobre a mudança do paradigma envolvido na estrutura do Estado de Direito com a introdução das constituições rígidas do período pós-segunda guerra. No antigo modelo do Estado legislativo de Direito, a função judiciária era apenas a comum, civil e penal, concebida enquanto instrumento de aplicação da lei. O papel do Ministério Público era, portanto, limitado pelo princípio da legalidade às exclusivas funções de acusação no processo penal, para garantir a aplicação do direito criminal aos delitos cometidos por pessoas como violação da própria lei e em prejuízo dos direitos de integridade pessoal e patrimonial. No modelo hodierno do Estado de Direito constitucional, produziram-se duas expansões da legalidade que exigem outras tantas expansões da jurisdição. Em primeiro lugar, devido à rigidez, a própria produção legislativa foi submetida à legalidade constitucional e foi introduzido o controlo de constitucionalidade da própria lei em confronto com a Constituição. Em segundo lugar, além dos clássicos direitos fundamentais, os direitos sociais – à educação, à saúde, à subsistência e similares – foram constitucionalizados, os quais correspondem a obrigações de *facere* tanto para a legislação como para a administração pública: por outras palavras, ao velho modelo de Estado liberal mínimo foi acrescentado o modelo e o projecto de um Estado Social máximo.

A pergunta que devemos colocar é se a esta expansão normativa do paradigma do Estado de Direito correspondeu um adequado desenvolvimento do correlativo sistema de garantias jurisdicionais. Penso que este desenvolvimento foi, na maior parte dos países europeus, muito parcial e em grande parte incompleto. Além disso,

na Itália, mas também em muitos outros países ocidentais, vivemos há muitos anos na presença de uma verdadeira agressão ao Estado Social e, por outro lado, da tentativa, por parte do poder político, de restringir o papel das actuais funções e instituições de garantia. E isto obrigou a cultura jurídica progressista a concentrar-se unicamente na defesa do ordenamento institucional vigente.

Um desenvolvimento das instituições de garantia verificou-se, pelo contrário, em alguns ordenamentos da América Latina graças ao que chamarei de *constitucionalismo de terceira geração*. Até há algumas décadas, os países latino-americanos estiveram subordinados à cultura europeia e norte-americana: copiaram as suas constituições da Constituição dos Estados Unidos e os seus códigos dos códigos europeus^[2]. Hoje, essa relação inverteu-se. As novas constituições latino-americanas, nascidas ou reformadas após o fim das ditaduras militares com a radicalidade “nunca mais” no que toca à perda de liberdade e da democracia, marcam o início de uma terceira fase do constitucionalismo, após a primeira fase, oitocentista e novecentista, das constituições liberais e flexíveis, e a segunda, das constituições rígidas do período pós-segunda guerra, como a italiana, a alemã e a espanhola, que enriqueceram o catálogo dos direitos com uma longa série de direitos sociais. Podemos chamar-lhes constituições de terceira geração com base em alguns traços comuns. Em primeiro lugar, são constituições longas, baseadas no modelo da Constituição portuguesa de 10.4.1976, constituída por 299 artigos, que inaugura esta terceira fase do constitucionalismo: como a Constituição brasileira de 5.10.1988, revista em 1994 e novamente actualizada em 2006, composta por 250 artigos e 97 normas transitórias; a Constituição

[2] Cfr. J. M. CASTAN VAZQUEZ, HERNANDEZ GIL, *La influencia de la literatura jurídica española en las codificaciones americanas*, Real Academia de

Jurisprudencia y Legislación, Madrid 1984; M.ROSTI, *Le influenze europee nella codificazione civile latino-americana*, in “Materiali per una storia della

cultura giuridica”, a.XXV, n.2, dic.1995, p. 497-507 e a bibliografia aí referida.