

## O princípio da obrigatoriedade da ação penal: breves considerações sobre o debate italiano

(Andrea Marighetto<sup>1</sup>)

Os princípios em matéria penal contidos na Constituição da Itália concretizam a continuidade com os tradicionais postulados do pensamento liberal, embora com uma eficácia normativa diferente, no sentido de que, antes da adoção da Carta Constitucional, eram destinados a serem "desaplicados" em caso de conflito com as disposições contidas na parte especial do Código (pelo princípio da *lex specialis derogat generali*).

Hoje, com a entrada em vigor da Constituição, a legislação penal deve se adequar não unicamente aos princípios constitucionais de natureza estritamente penal, mas ao complexo dos direitos ligados aos princípios da dignidade, igualdade e liberdade afirmados pela própria Carta Constitucional. Isso se refletiu e se reflete na própria atividade do juiz, que é, até na aplicação pura do Direito Penal, também garante e executor do princípio da liberdade e dos outros direitos constitucionais de importante relevância social<sup>[1]</sup>.

O princípio da obrigatoriedade da ação penal, na Itália, está previsto e definido pelo artigo 112 da própria Carta Constitucional, que literalmente dispõe que "*o Ministério Público tem a obrigação de exercitar a ação penal*". A Corte Constitucional Italiana reconhece que o princípio da obrigatoriedade da ação penal é de fato o "ponto de convergência" entre outros três importantes princípios e valores do ordenamento italiano: (i) o princípio de igualdade (artigo 3º da Constituição); (ii) o princípio da legalidade (artigo 25, § 2º da Constituição); (iii) o princípio da independência dos poderes ou independência institucional.

Em particular, parte da doutrina sustenta que a constitucionalização do princípio da obrigatoriedade da ação penal foi pensada exatamente para permitir a concretização do princípio da igualdade no sentido formal e substancial, assim como previsto pelo artigo 3º da Constituição<sup>[2]</sup>. A justificativa histórica de manter a obrigatoriedade do exercício da ação penal deriva, portanto, das justificativas de natureza jurídico-sociais como: a) a escolha de querer reforçar a independência do Ministério Público em relação ao possível "controle" por parte do ministro da Justiça; b) a de inserir uma forma de limite legal a toda essa independência — ou seja, inserindo a provisão sobre a obrigatoriedade da ação penal nos casos expressamente previstos pela lei<sup>[3]</sup>.

Calamandrei observa que o Ministério Público, na sua função preeminente de acusação no processo penal, deve observar o princípio da legalidade, concretizado nos brocardos latinos *nullum crimen sine lege poenali* e *nulla poena sine iudicio*. Assim como o juiz é vinculado à lei — e na argumentação da própria decisão deve seguir os ditados da lei, dentro dos limites da lei —, também o Ministério Público é sujeito ao mesmo princípio: no caso dos juízes, evidentemente para evitar o exercício abusivo da justiça; no caso do

---

<sup>1</sup> é advogado, doutor em Direito Comercial Comparado e Uniforme pela Universidade de Roma La Sapienza (Itália) e doutor em Direito, summa cum laude, pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS).

Ministério Público, para evitar a arbitrariedade da ação penal. O respeito ao princípio da legalidade é, conseqüentemente — continua Calamandrei —, diretamente conexo ao respeito ao princípio da igualdade, e — conclui ele — a lei deve ser igual para todos, precisando ser aplicada de forma legal e igualitária, inclusive pelas próprias autoridades que operam e fazem a aplicação do Direito[4].

O princípio da obrigatoriedade da ação penal representa, portanto, de um lado, a garantia direta pela coletividade sob o perfil do tratamento do indivíduo; e, doutro, a garantia indireta para os cidadãos enquanto juntamente ao princípio da independência do Ministério Público[5] concretiza a limitação da eventual ingerência dos outros poderes, em particular daquela do Poder Executivo. A ulterior garantia é de qualquer forma representada pela aplicação do princípio da legalidade, que impõe o controle formal e substancial da ação penal pelo próprio juiz. O respeito ao princípio da legalidade permite, portanto, a aplicação correta e igualitária gestão da tutela da obrigatoriedade da ação penal e da concretização do princípio da igualdade de tratamento e do acesso à Justiça, princípios cardeais do sistema democrático de direito (a tutela da pessoa e da coletividade).

Conseqüentemente, pelos altos valores que contêm, a previsão constitucional do princípio da obrigatoriedade da ação penal foi considerado desde sempre como um exemplo de sucesso, enquanto a sua presença representou e representa a superação formal da concepção potestativa da Justiça. Todavia, principalmente, a partir da década dos anos 90, a aplicação deste princípio deu origem a um longo e profundo debate — ainda atual — principalmente entre Magistratura e Política, sobre, de um lado, (i) a própria oportunidade de continuar a mantê-lo na Carta Constitucional; de outro, (ii) a necessidade de reconhecer e estabelecer "critérios de prioridade" na regulamentação da discricção do poder de exercício da ação penal.

O motivo deste debate surgiu para verificar se a previsão constitucional da obrigatoriedade da ação penal foi e é aplicada de forma efetiva e eficaz. Em particular, a própria Magistratura lamenta que a "perfeição" da fórmula constitucional não foi sempre atendida, ao ponto que existem vários exemplos de arbitrariedade na aplicação deste princípio[6]. É exatamente esta "não efetividade" concreta acerca da aplicação do princípio da obrigatoriedade que levou à criação de uma comissão específica e extraordinária para a reforma do Ordenamento Judiciário.

A Comissão de reforma do Ordenamento Judiciário (cujo presidente foi o ministro Conso), por meio do Decreto Ministerial de 8 de fevereiro de 1993, reconheceu, e até declarou expressamente — confirmando quanto já levantado pelo Prof. Zagrebelsky — a objetiva impossibilidade de acionar e perseguir todos os crimes mesmo se determinadas *fattispecie* criminais fossem comutadas em simples ilícitos administrativos — em outras palavras, descriminalizando. É dizer: a impossibilidade de garantir a todos igual tratamento no exercício da ação penal — pela Comissão — foi sinônimo de arbitrariedade e de ineficiência da previsão constitucional[7].

A famosa "*Circolare Zagrebelsky* de 1990"[8], de fato, concretizou a preocupação sobre esta impossibilidade e auspiciou a necessidade de criar critérios de prioridade para a regulamentação do próprio exercício da ação penal, sempre no respeito do ditado constitucional estabelecido pelo artigo 112 da Constituição e da sua construção sistêmica no respeito dos outros princípios constitucionais da legalidade e da igualdade.

Evidentemente, a preocupação da citada *Circolare* quis evidenciar a concreta incapacidade e impossibilidade (e isso é a causa do alto número de notícias de crime, das carências no organograma e na estrutura do Ministério Público etc.) acerca do efetivo e eficaz exercício da ação penal.

Portanto, especialmente a partir da "*Circolare Zagrebelsky*" foram geradas várias discussões, também envolvendo a opinião pública, sobre (i) a efetiva capacidade do sistema a garantir e executar a efetiva obrigatoriedade da ação penal; e (ii) a capacidade da estrutura das autoridades de Justiça em definir as notícias de crime a serem perseguidas de forma prioritária, considerado o grau de gravidade e/ou ofensividade social de cada espécie de crime.

Outra importante discussão sobre a reorganização da capacidade e dos critérios das autoridades de Justiça em garantir e executar a efetiva obrigatoriedade da ação penal se concretizou na assim chamada "reforma do juiz único", de 1999[9], quando o Conselho Superior da Magistratura (CSM), em apurada situação de falta de recursos econômicos e estruturais, consolidou a sua posição em definir a importância de ter critérios de prioridade no exercício da administração da Justiça, mas sempre no respeito e na compatibilidade do geral princípio constitucional da obrigatoriedade da ação penal[10].

Essa posição foi também confirmada pela assim chamada "*Circolare Maddalena*", de 2007, que, evidenciando a carência de recursos econômicos e de estrutura na administração da Justiça, autorizou a não procedência da ação criminal contra determinadas *fattispecie* criminais, chegando em determinados casos até ao próprio arquivamento dos processos (quando, por exemplo, se procedeu com indulto).

A *Circolare* chegou até a ser definida como a *Circolare* do "indeferimento ou arquivamento generoso[11]". Em outras palavras, o critério expressou a vontade de promover uma forma de economicidade judiciária entre os critérios de prioridade no exercício da ação penal, mediante a adoção de modelos organizativos racionalizados dos casos.

Fora da pretensão de querer analisar todo o debate histórico italiano sobre a obrigatoriedade da ação penal e a aplicação dos critérios de prioridade no seu exercício, entendemos ser importante lembrar a discussão que surgiu subsequentemente ao Decreto do Presidente do Tribunal de Roma de 2013 e ao Decreto do Tribunal de Brescia de 2014, por meio dos quais — de fato — foi constatada a necessidade de integrar urgente e significativamente o órgão dos Magistrados, além de individualizar critérios de determinação das prioridades na gestão da administração da Justiça.

É, conseqüentemente, opinião difundida por acadêmicos, juízes e advogados a necessidade de repensar o princípio da obrigatoriedade da ação penal, sendo que a adoção de quaisquer critérios de prioridade (discricionariedade, ainda que controlada ou limitada por lei) deveria de qualquer forma considerar as diversidades jurisdicionais, territoriais, sociais e econômicas de forma a garantir a igualdade substancial dos cidadãos em face da lei e do direito de acesso à Justiça[12].

Em particular, argumenta-se que a necessidade de repensar o princípio constitucional da obrigatoriedade da ação penal deriva de: (i) alto número de casos, o que comportaria a material incapacidade de atendimento por parte dos órgãos de administração da Justiça;

(ii) próprio princípio da obrigatoriedade da ação penal não garante o respeito ao princípio da igualdade entre cidadãos, sendo um ditado formal e não material (argumenta-se que precisaria ter mais regulamentação específica sobre os meios de indagação e de provas); (iii) os critérios de definição da obrigatoriedade da ação penal são de fato criados pela Magistratura, sem a "legitimação democrática" de verdadeiras políticas públicas e representativas em matéria criminal; (iv) o "eterno" debate sobre a própria independência interna do Ministério Público em relação ao juiz[13].

A independência do juiz deve ser condição necessária (mesmo que não suficiente) para garantir a imparcialidade da sua específica função. Destaca-se que o Ministério Público — muitas vezes — deve coordenar as próprias iniciativas com outros magistrados do seu próprio "departamento", e tal coordenação poderia "violar" a independência, e consequentemente, a imparcialidade[14].

De qualquer forma, é preciso frisar que o princípio da obrigatoriedade do exercício da ação penal, já por si, possui expressa limitação de lei na sua aplicação. O próprio artigo 50 do Código de Processo Penal, com a finalidade de prevenir ações penais "infundadas" e "arbitrárias", estabelece limites e/ou pressupostos ao exercício da ação penal: ou seja, o Ministério Público tem "*a obrigação de exercitar a ação penal*" quando "*não existirem os pressupostos para a pedido de arquivamento*".

Em relação a esse ponto, a ulterior importante contribuição do professor Zagrebelsky em favor da aplicação da ação penal limitadamente aos crimes mais relevantes e indispensáveis é no sentido de despenalização dos crimes menos graves[15]. Dessa forma, por meio da previsão codicística estabelecida pelo artigo 50 do CPP, o próprio legislador, dentro do respeito ao princípio constitucional da obrigatoriedade da ação penal, quis balancear o concreto interesse da(s) pessoa(s) física(s) vítimas do comportamento criminal com o interesse da coletividade de reconstituir a ordem jurídica violada.

Mais: o exercício da ação penal precisa seguir também determinadas modalidades taxativamente previstas pela lei[16], como: (i) a formulação da imputação de forma a garantir o exato início do processo penal; (ii) a indicação formal da qualificação e do status do imputado[17]; (iii) a necessidade de um ato propositivo por parte de uma das partes (i.e. querela) que concretiza a existência de uma condição de procedibilidade para a execução da ação penal etc.

O respeito a essas determinadas modalidades e/ou formalidades na execução da ação penal são dirigidas para promover remédios e contrapesos contra qualquer possibilidade de existência e conservação de áreas de discricção do sistema, no respeito — evidentemente — da funcionalidade e das exigências das autoridades de Justiça competentes e legitimadas para exercer as ações penais.

Enfim, o debate é ainda muito atual, apesar de vir de longe e ter acumulado várias propostas dos vários setores entres os operadores do Direito, seja do lado da Magistratura, seja do lado dos advogados e acadêmicos. O fato de querer "intervir" no próprio texto constitucional e principalmente no artigo 112 da Constituição leva a considerar e analisar as várias e imprevisíveis consequências concretas que isso pode comportar ao equilíbrio dos relacionamentos entre os poderes dos estados democráticos de direito — em particular, considerando a necessidade formal e substancial de garantir

ao Judiciário independência do Parlamento e — sobretudo, como de maneira verossímil destacariam os próprios pais da Carta Constitucional — do Executivo.

A doutrina[18] conseqüentemente se pergunta, pois: até que ponto estamos disponíveis a sacrificar a independência da Magistratura a favor de maior eficiência e responsabilidade do sistema Judiciário? É necessário mudar a previsão constitucional (contextualizando novamente os princípios que os pais constituintes consideraram "perfeitos") ou seria suficiente intervir com mecanismos ordinários e limitados temporalmente a determinados momentos históricos e/ou determinadas áreas do país?

## Referências

[1] GROSSO, Carlo, Federico. Le grandi correnti del pensiero penalistico italiano, em *Storia d'Italia*, Annali 12. La Criminalità, Torino, 1997.

[2] PIZZORUSSO, Alessandro. *L'organizzazione della giustizia in Italia. La Magistratura nel sistema politico e istituzionale*, Torino, Einaudi, 1982.

[3] PIZZORUSSO, Alessandro. *Op. Cit.*

[4] CALAMANDREI, Pietro. Commissione per la Costituzione, em *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori dell'Assemblea Costituente*, Segretariato Generale, VIII, Roma 1971, 1993.

[5] KOSTORIS, Roberto. *Processo penale e paradigmi europei*. Torino, Giappichelli, 2018.

[6] PERI, Antonella. *Obbligatorietà dell'azione penale e criteri di priorità. La modellistica delle fonti tra esperienze recenti e prospettive de iure condendo: un quadro ricognitivo*. Forum di Quaderni Costituzionali, 2010.

[7] Veja-se, para um *excursus* na historia entre magistratura e politica, em particular durante os anos da década de 1990, se destaca BRUTI LIBERATI, Edmondo. *Magistratura e società nell'Italia Repubblicana*. Bari-Roma, Laterza, 2018.

[8] “Circolare Zagrebelsky” de 16 de novembre de 1990.

[9] Cf. Decreto Legislativo n. 51 de 1998.

[10] PIZZORUSSO, Alessandro. *Op. Cit.*

[11] “Circolare Maddalena” de 15 de maio de 2007.

[12] DI FEDERICO, Giuseppe. *L'indipendenza e responsabilità del pubblico ministero italiano in prospettiva comparata*, em *Giurisprudenza Italiana*, 2009.

[13] Na Itália, a carreira para a Magistratura é através de um único concurso público, seja que o magistrado escolha de agir como ministério público, seja que escolha de agir

como órgão que julga, ou seja Juiz: ou seja, nos dois casos, se trata de funcionários pertencentes sempre à Magistratura, mas com funções diferentes, de um lado acusatória, doutro judicante.

[14] DI FEDERICO, Giuseppe. *Op Cit.*

[15] ZAGREBELSKY, Gustavo. *Direttiva concernente criteri di priorità nella conduzione delle indagini preliminari*, pubblicata in Cass. Pen., 1991, 362 e ss.

[16] Art. 405 C.P.P. Italiano. (Trad. livre) “*o Ministério Público, quando não deve querer o arquivamento, exercita a ação penal, formulando a imputação [...] através do pedido de reenvio a Juízo*”

[17] Art. 60 C.P.P. Italiano. (Trad. livre) “*Assume a qualificação de imputado a pessoa à qual é atribuído o crime no pedido de reenvio a Juízo [...]*”.

[18] PERI, Antonella. *Op. Cit.*