

ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 881
DISTRITO FEDERAL

RELATOR	: MIN. DIAS TOFFOLI
REQTE.(S)	: ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO - CONAMP
ADV.(A/S)	: ARISTIDES JUNQUEIRA ALVARENGA
ADV.(A/S)	: JULIANA MOURA ALVARENGA DILASCIO
INTDO.(A/S)	: PRESIDENTE DA REPÚBLICA
PROC.(A/S)(ES)	: ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
LIT.ATIV.	: ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS
ADV.(A/S)	: ALBERTO PAVIE RIBEIRO E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE.	: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

VOTO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

Conforme relatado, a presente arguição possui objeto dúblice. Pretende o requerente, em primeiro lugar, afastar a possibilidade de que membros do Ministério Público e da magistratura, ao autuarem no exercício de suas atividades-fim, incidam no tipo previsto no **art. 319 do Código Penal**, o qual prevê o **delito de prevaricação**, sob pena de ofensa aos princípios constitucionais da independência do Poder Judiciário (**art. 2º**), da independência funcional do Ministério Público (**art. 127, § 1º**) e do devido processo legal (**art. 5º, inciso LIV**).

Adicionalmente, o requerente questiona o disposto no **art. 3º-B, incisos V, VI, VII, VIII, IX e XI**; no **art. 127**; no **art. 156, inciso I**; no **art. 242**; no **art. 282, §§ 2º, 4º e 5º**, e no **art. 311 do Código de Processo Penal**, com as alterações promovidas pelas Leis nº 11.690/08 e nº 13.964/19, a fim de ver excluída a possibilidade de deferimento de medidas cautelares e probatórias restritivas de direitos fundamentais pelo juiz na fase das investigações criminais **sem requerimento ou manifestação prévia do Ministério Público**, com a alegação de que isso violaria o sistema penal acusatório consagrado pela Constituição de 1988, notadamente em seu

art. 5º, inciso LIV, que estabelece os deveres de inércia e de imparcialidade do magistrado, por derivação do princípio do devido processo legal, em sua perspectiva substancial; em seu **art. 103, § 1º**, que prevê oitiva prévia do procurador-geral da República em todos os processos de competência do STF; e em seu **art. 129, incisos I, VII e VIII**, os quais enumeram, entre as funções institucionais do Ministério Público, as de promover privativamente a ação penal pública, exercer o controle externo da atividade policial e requisitar diligências investigatórias e instauração de inquérito policial.

1. DO JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE

Antes de apreciar as questões preliminares suscitadas nos autos, entendo pertinente **reexaminar** se concorrem os pressupostos gerais e específicos de admissibilidade da presente arguição **relativamente a cada um dos pedidos formulados nos autos.**

1.1 Dos pressupostos de cabimento da presente ADPF.

Como mencionado por ocasião do exame cautelar, são pressupostos indispensáveis ao conhecimento da arguição de descumprimento de preceito fundamental: **(i)** a demonstração de violação em tese de preceito fundamental (Lei nº 9.882/99, art. 1º, **caput**); e **(ii)** a ausência de outro meio eficaz para se sanar a lesividade, exigência denominada pela doutrina e jurisprudência de **princípio ou requisito da subsidiariedade** (Lei nº 9.882/99, art. 4º, § 1º).

No tocante ao primeiro desses pressupostos, destaca-se que a presente arguição tem por objetivo zelar pela observância do princípio constitucional acusatório, bem como dos princípios da independência do Poder Judiciário, da inércia, da imparcialidade do juiz e da independência dos membros do Ministério Público relativamente ao exercício de suas funções e atribuições institucionais, os quais **possuem**

caráter instrumental e, em conjunto, estão nitidamente a serviço da salvaguarda dos direitos fundamentais dos acusados e investigados criminalmente (ADPF nº 33-MC, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 29/10/04, DJ de 6/8/04), **não havendo dúvida, portanto, quanto à natureza fundamental dos preceitos constitucionais supostamente lesados ou ameaçados de lesão.**

Além disso, a arguição é a única ação cabível no âmbito do controle abstrato e concentrado de constitucionalidade para **a impugnação de norma pré-constitucional** (art. 1º, parágrafo único, inciso I, da Lei nº 9.882/99) e, por isso, **a princípio**, tem sido admitida pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal também para **a impugnação conjunta de atos normativos anteriores e posteriores à edição dos preceitos constitucionais invocados como parâmetros de controle** (v.g., ADPF nº 446, Rel. Min. Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, julgado em 4/10/19 e DJe de 17/10/19; e ADPF nº 378-MC, Rel. Min. Edson Fachin, red. do ac. Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, julgado em 17/12/15, DJe de 8/3/16).

Desse modo, **inxiste dúvida quanto ao cabimento da presente arguição relativamente ao primeiro pedido.** Já quanto ao **segundo pedido**, conquanto os referidos precedentes pareçam militar a favor da satisfação do requisito da subsidiariedade, tendo em vista o argumento de que seria recomendável a análise sistêmica das normas contestadas para se identificarem e se eliminarem eventuais inconsistências e discrepâncias, **penso que a questão exige reflexão de maior profundidade e raciocínio contraintuitivo**, conforme adiante demonstrarei.

Começo alertando que **o segundo pedido formulado é – para dizer o mínimo – incomum**. A controvérsia constitucional nele plasmada consiste, na verdade, em saber se o Ministério Público, como titular privativo da ação penal, seria o único legitimado para requerer medidas cautelares constitutivas de direitos fundamentais na fase de investigação criminal; ou se, mesmo na nova ordem constitucional – é dizer, mais

especificamente, se mesmo vigente, como paradigma constitucional, o modelo acusatório –, o delegado de polícia continuaria autorizado a fazê-lo e, nesse caso, com qual fundamento constitucional.

Posta nesses termos a controvérsia, não é difícil concluir que não se está diante de uma inconsistência qualquer nem a discrepância é apenas pontual. O que se busca é muito maior do que parece à primeira vista. Suscita-se, aqui, por assim dizer, **uma questão central do processo penal**. E não é só! Pretende-se alcançar **uma solução sistêmica** que uniformize o entendimento sobre a matéria para todas as situações semelhantes às reportadas pelos dispositivos questionados, como se fosse possível haurir essa solução sistêmica diretamente do texto constitucional, sem qualquer intermediação – mínima que seja – do legislador ordinário, o que, a meu ver, é um grande equívoco. Nesse contexto, também não é exagero afirmar que qualquer interpretação que se firme nestes autos, certamente, importará em **uma (re)definição paradigmática** para a interpretação e a aplicação da legislação infraconstitucional.

Seguindo essa linha de intelecção, destaco que a Constituição de 1988, paralelamente à adoção do modelo acusatório, conferiu ao Ministério Público autonomia orçamentária, financeira, administrativa e funcional, além de conferir a seus membros novas atribuições e, a partir da Emenda Constitucional nº 45, de 2004, as mesmas prerrogativas da magistratura. **O Parquet ganhou reconhecimento e protagonismo**, passando a ser, por expressa determinação constitucional, uma

“instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis” (CRFB/88, art. 127).

Entre as atribuições conferidas pela Constituição Federal ao Ministério Público, importam ao processo penal, especialmente, as de promover privativamente a ação penal pública (art. 129, inciso I); exercer

ADPF 881 / DF

o controle externo da atividade policial (art. 129, inciso VII) e requisitar diligências investigativas e instauração de inquérito policial (art. 129, inciso VIII).

Essa nova configuração institucional levou o Supremo Tribunal Federal a rever sua jurisprudência para firmar, em sede de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida, o entendimento de que

“[o]s artigos 5º, inciso LIV e LV, 129, incisos III e VIII, e 144, inciso IV, § 4º, da Constituição Federal **não tornam a investigação criminal exclusividade da polícia, nem afastam os poderes de investigação do Ministério Público**” (RE nº 593.727, Rel. Min. **Cesar Peluso**, red. do ac. Min. **Gilmar Mendes**, Tribunal Pleno, julgado em 14/5/15, DJe de 4/9/15).

Obviamente, isso não significa que o órgão ministerial possua **poderes irrestritos ou ilimitados** na persecução penal. Nesse sentido, observa-se que, no recente julgamento conjunto das ADI nº 2.943/DF, nº 3.309/DF e nº 3.318/MG, o Supremo Tribunal Federal, além de reafirmar os poderes investigatórios do Ministério Público, deixou muito claro que esses poderes encontram limite “[n]os direitos que tem todo e qualquer investigado”, razão pela qual “[o] reconhecimento da competência investigatória do Ministério Público não autoriza, senão por lei, qualquer tipo de restrição aos direitos fundamentais” (ADI nº 2.943/DF, Rel. Min. **Edson Fachin**, Tribunal Pleno, julgado em 2/5/24, DJe de 10/9/24).

Um pouco antes disso, ao apreciar as ADI nºs 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305, Rel. Min. **Luiz Fux**, nas quais se impugnava a instituição do juiz das garantias e, pontualmente, seu microssistema processual, o Supremo Tribunal Federal decidiu pela **necessidade de controle de todos os atos do Ministério Público pela autoridade judicial**. A respeito, vide o seguinte trecho da ementa:

"II - ARTIGO 3º-B. CRIAÇÃO DOS JUÍZES DAS GARANTIAS. CONTROLE DA LEGALIDADE DA INVESTIGAÇÃO. FUNÇÕES TRADICIONAIS DOS JUÍZES NO INQUÉRITO. NECESSIDADE DE CONTROLE DE TODOS OS ATOS DO MINISTÉRIO PÚBLICO PELA AUTORIDADE JUDICIAL. DEVER DO ÓRGÃO MINISTERIAL DE SUBMETER A INSTAURAÇÃO E O ARQUIVAMENTO DE CADERNOS INVESTIGATÓRIOS DE QUALQUER NATUREZA (INQUÉRITOS, PIC'S E OUTROS) AO CONHECIMENTO E CONTROLE DO JUÍZO DAS GARANTIAS. (...) INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO DOS DISPOSITIVOS IMPUGNADOS.

(...)

(c) Os incisos IV, VIII e IX tratam da competência do juiz das garantias para a fiscalização de investigações criminais: 'IV - ser informado sobre a instauração de qualquer investigação criminal; [...] VIII - prorrogar o prazo de duração do inquérito, estando o investigado preso, em vista das razões apresentadas pela autoridade policial e observado o disposto no § 2º deste artigo; IX - determinar o trancamento do inquérito policial quando não houver fundamento razoável para sua instauração ou prosseguimento'.

(d) Considerada a frequente instauração de investigações criminais, sob outros títulos que não o de inquérito, deve ser dada interpretação conforme à Constituição aos referidos incisos, de modo a determinar que todos os atos praticados pelo Ministério Público como condutor de investigação penal se submetam ao controle judicial (HC 89.837/DF, Rel. Min. **Celso de Mello**) e fixar o prazo de até 90 (noventa) dias, contados da publicação da ata do julgamento, para os representantes do Ministério Público encaminharem, sob pena de nulidade, todos os PIC e outros procedimentos de investigação criminal, mesmo que tenham outra denominação, ao respectivo juiz natural,

independentemente de o juiz das garantias já ter sido implementado na respectiva jurisdição.

(...)

VII – ARTIGO 28. ARQUIVAMENTO DO INQUÉRITO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. ATO UNILATERAL. AFASTAMENTO DO CONTROLE JUDICIAL. SUBMISSÃO APENAS ÀS INSTÂNCIAS INTERNAS DE CONTROLE. ATRIBUIÇÃO UNICAMENTE À VÍTIMA E À AUTORIDADE POLICIAL DO PODER DE PROVOCAR A REVISÃO DO ATO. INCONSTITUCIONALIDADE. INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO.

(a) A nova sistemática do arquivamento de inquéritos, de maneira louvável, criou mecanismo de controle e transparência da investigação pelas vítimas de delitos de ação penal pública. Com efeito, a partir da redação dada ao artigo 28 do Código de Processo Penal pela Lei 13.964/2019, passa a ser obrigatória a comunicação da decisão de arquivamento à vítima (comunicação que, em caso de crimes vagos, será feita aos procuradores e representantes legais dos órgãos lesados), bem como ao investigado e à autoridade policial, antes do encaminhamento aos autos, para fins de homologação, para a instância de revisão ministerial.

(b) Por outro lado, ao excluir qualquer possibilidade de controle judicial sobre o ato de arquivamento da investigação, a nova redação violou o princípio da inafastabilidade da jurisdição, nos termos do artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição.

(c) Há manifesta incoerência interna da lei, porquanto, no artigo 3º-B, determinou-se, expressamente, que o juízo competente seja informado da instauração de qualquer investigação criminal. Como consectário lógico, se a instauração do inquérito deve ser científica ao juízo competente, também

o arquivamento dos autos precisa ser-lhe comunicado, não apenas para a conclusão das formalidades necessárias à baixa definitiva dos autos na secretaria do juízo, mas também para verificação de manifestas ilegalidades ou, ainda, de manifesta atipicidade do fato, a determinar decisão judicial com arquivamento definitivo da investigação.

(d) A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal orienta-se no sentido da necessidade e legitimidade constitucional do controle judicial do ato de arquivamento, com o fito de evitar possíveis teratologias (Inquérito 4781, Rel. Min. **Alexandre de Moraes**).

(e) Em decorrência destas considerações, também o § 1º do artigo 28, ao dispor que ‘Se a vítima, ou seu representante legal, não concordar com o arquivamento do inquérito policial, poderá, no prazo de 30 (trinta) dias do recebimento da comunicação, submeter a matéria à revisão da instância competente do órgão ministerial, conforme dispuser a respectiva lei orgânica’, deve ser interpretado de modo a integrar a autoridade judiciária competente entre as habilitadas a submeter a matéria à revisão do arquivamento pela instância competente.

(f) Por todo o exposto, conferiu-se interpretação conforme a Constituição ao artigo 28, *caput*, para assentar que, ao se manifestar pelo arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer elementos informativos da mesma natureza, o órgão do Ministério Públíco submeterá sua manifestação ao juiz competente e comunicará à vítima, ao investigado e à autoridade policial, podendo encaminhar os autos para o Procurador-Geral ou para a instância de revisão ministerial, quando houver, para fins de homologação, na forma da lei, vencido, em parte, o Ministro Alexandre de Moraes, que incluía a revisão automática em outras hipóteses.

(g) Ao mesmo tempo, assentou-se a interpretação

ADPF 881 / DF

conforme do artigo 28, § 1º, para assentar que, além da vítima ou de seu representante legal, a autoridade judicial competente também poderá submeter a matéria à revisão da instância competente do órgão ministerial, caso verifique patente ilegalidade ou teratologia no ato do arquivamento" (ADI nº 6.298, Rel. Min. **Luiz Fux**, Tribunal Pleno, julgado em 24/8/23, publicado em 19/12/23 – grifo nosso).

Ademais, nem a consagração do modelo acusatório pelo texto constitucional nem o reconhecimento dos poderes investigatórios do Ministério Público pela jurisprudência do STF colocam em segundo plano, **sobretudo no que diz respeito à primeira fase da persecução penal**, a figura do delegado de polícia. Ao contrário. **A Constituição de 1988 ressignificou o papel dessa autoridade.**

Conforme explica **Marcelo Lessa Bastos**,

"[f]ica claro, pela sistemática do Código, que o Delegado ali estava a figurar como uma espécie de auxiliar do Juiz.

Sucede que a panorâmica mudou com a Constituição de 1988 que, implantando definitivamente o sistema acusatório, expurgou tais impurezas do nosso sistema processual.

O Delegado de hoje não pode mais ser encarado como um auxiliar exclusivo do Juiz.

Não se deve pensar, com isto, que a importância da figura do Delegado diminuiu com a Constituição; do contrário. Sua importância cresceu ao passo em que ele exerce, por delegação, parcelas das funções judiciais e persecutórias, que, em essência, são acometidas, respectivamente, aos juízes e promotores" (BASTOS, Marcelo Lessa. Investigação criminal: o papel do Ministério Público. **Artigos da Faculdade de Direito de Campos**, v. 10, 2006).

ADPF 881 / DF

Nesse sentido, a Constituição de 1988 explicitou as atribuições de cada uma das forças de segurança pública, destacando que **cabe à Polícia Federal e às polícias civis dos estados o desempenho das funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais.** Vide:

“Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:

I - polícia federal;

(...)

IV - polícias civis;

(...)

§ 1º A polícia federal, instituída por lei como órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se a:

I - apurar infrações penais contra a ordem política e social ou em detrimento de bens, serviços e interesses da União ou de suas entidades autárquicas e empresas públicas, assim como outras infrações cuja prática tenha repercussão interestadual ou internacional e exija repressão uniforme, segundo se dispuser em lei;

(...)

IV - exercer, com exclusividade, as funções de polícia judiciária da União;

§ 4º Às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares.”

Dada a moldura constitucional acima, vislumbro aspectos que não posso deixar de registrar ao exercer o juízo de admissibilidade da presente arguição. O primeiro deles é o de que **o requerente formulou o pedido em termos menos abrangentes que sua real pretensão e, assim, a meu ver, o julgamento do feito necessita da impugnação de todo o complexo normativo, e não apenas de uma amostra dele, como, de fato, ocorreu.**

Já o segundo aspecto é ainda mais relevante. Na presente arguição, os requerentes questionam **não os preceitos legais expressamente indicados, mas a ideia subjacente ao próprio sistema procedural implantado**. Questiona-se a essência, o espírito que emerge da legislação processual penal em vigor e que informa sua aplicação. Pretende-se, assim, em última instância, obter uma interpretação do sistema processual penal que seja capaz de “corrigir os rumos”, seja por suprir as lacunas deixadas ao longo do tempo, seja por (tentar) superar quaisquer resquícios de anacronismo porventura encontrados. **Isso para não se dizer que o que se busca por meio da presente arguição, na prática, é a implementação de um novo código de processo penal por meio de interpretação jurisdicional.**

É fato que o Código de Processo Penal Brasileiro tem origem inquisitorial e autoritária. Também é fato que, após a promulgação da Constituição de 1988, o legislador ordinário tem trabalhado, como regra, pela conformação gradual da legislação infraconstitucional ao modelo acusatório consagrado pela Constituição de 1988.

Aliás, como ressaltei no julgamento conjunto das ADI nºs 6.298/DF, 6.299/DF, 6.300/DF e 6.305, Rel. Min. **Luiz Fux**,

“[a] Constituição de 1988 operou uma mudança radical na concepção de processo penal então vigente, ainda influenciada, à época, embora em menor medida, pela concepção autoritária que inspirou a edição do Código de Processo Penal (Decreto-Lei nº 3.389/1941), o qual, não por

outra razão, veio a ser profundamente modificado em sucessivas reformas legislativas, sobretudo a partir do século XXI" (ADI nº 6.298/DF, Rel. Min. **Luiz Fux**, Tribunal Pleno, julgado em 24/8/23, DJe de 19/12/23).

Na ocasião, afirmei também que "[a] instituição do 'juiz das garantias' pela Lei nº 13.964/19 veio reforçar o modelo de processo penal preconizado pela Constituição de 1988", concluindo que "a conformação constitucional de nosso sistema de persecução penal" pelo legislador levou a "um sistema acusatório no qual é central a salvaguarda dos direitos fundamentais do acusado – uma decorrência do forte componente ético da Constituição de 1988" (ADI nº 6.298/DF, Rel. Min. **Luiz Fux**, Tribunal Pleno, julgado em 24/8/23, DJe de 19/12/23).

Vale reiterar que, à época, discutia-se a constitucionalidade do juiz das garantias e de aspectos pontuais de seu microssistema processual, inclusive sua implantação no prazo exíguo fixado pelo legislador. **O caso em apreço, entretanto, é diferente, buscando-se do Supremo Tribunal Federal, pela técnica da interpretação conforme, um provimento jurisdicional apto a aparar as arestas decorrentes da sobreposição de institutos e da sucessão de normas.**

Ocorre que, entre a legitimidade exclusiva do Ministério Público, como defendido na petição inicial, e, em contraponto, a legitimidade concorrente do Ministério Público e do delegado de polícia – como parece resultar, ainda hoje, da legislação processual penal infraconstitucional –, existem infinitas possibilidades e nuances a serem sopesadas, motivo pelo qual não se pode admitir que o Supremo Tribunal Federal, no exercício de sua jurisdição constitucional, simplesmente substitua o legislador nesse importante escrutínio.

Deveras, incumbe precipuamente ao Poder Legislativo definir a melhor forma de operacionalização procedural da persecução penal, não só porque essa é uma escolha política – e, muitas vezes, uma escolha de política criminal –, mas também – sobretudo – porque é a partir dessa

ADPF 881 / DF

opção (política) e de seu detalhamento pelo legislador que, ao fim e ao cabo, se confere sistematicidade à legislação processual penal e se estabelece equilíbrio dinâmico às instituições constitucionais que devem trabalhar em colaboração.

Nessa esteira, já entendeu o Supremo Tribunal Federal que

“[o] controle judicial de polícias públicas deve preservar o âmbito de liberdade interpretativa do legislador em homenagem ao princípio democrático (artigo 1º, **caput**, da CRFB), ante a ubiquidade e a indeterminação semântica caracterizadoras do texto constitucional, porquanto a multiplicidade de vetores estabelecidos pelo constituinte, a serem promovidos com igual importância pelas instâncias democráticas, obriga o Parlamento à realização de escolhas políticas em matérias que normalmente carecem de certeza empírica quanto a seus impactos na promoção daqueles valores constitucionais” (ADPF nº 336, Rel. Min. **Luiz Fux**, julgado em 1º/3/21, DJe de 10/5/21).

Desse modo, considerando que o efeito jurídico almejado pelos requerentes deve advir da interpretação sistemática da legislação codificada, e não diretamente do texto constitucional, é inviável o conhecimento da presente arguição quanto aos dispositivos do Código de Processo Penal, ficando prejudicada a apreciação das demais preliminares pertinentes a esse pedido.

Vai, nesse mesmo sentido, a decisão proferida, em 21 de março de 2025, na ADPF nº 847, de **minha relatoria**, DJe de 21/3/25, na qual se questionavam os mesmos dispositivos do Código de Processo Penal e, ainda, alguns outros preceitos de leis esparsas.

Feito esse recorte, passo a apreciar a presente arguição apenas no tocante ao primeiro pedido formulado na inicial.

1.2 A representatividade limitada da CONAMP e a questão da pertinência temática como fatores impeditivos do amplo conhecimento do primeiro pedido.

O Presidente da República suscita, preliminarmente, a ilegitimidade ativa do requerente para parte do primeiro pedido (e-doc. 16). Alega, em síntese, que não poderia a CONAMP formular pedido em favor dos membros do Poder Judiciário.

Objeção semelhante é levantada pelo Advogado-Geral da União ao aduzir que a representatividade limitada da CONAMP e a exigência de pertinência temática pela jurisprudência do STF obstariam o conhecimento do pedido de não recepção do art. 319 do CP relativamente aos membros da magistratura (e-doc. 19).

Devem ser rechaçadas, entretanto, essas preliminares.

Como adiantei ao apreciar, em parte, o pedido de medida cautelar, a CONAMP é entidade de classe de âmbito nacional integrada por membros ativos e inativos do Ministério Público da União, dos estados e do Distrito Federal cujos objetivos institucionais são, resumidamente, os de

“defender os direitos, as garantias, a autonomia, as prerrogativas, os interesses e as reivindicações dos membros do Ministério Público, defender o fortalecimento da instituição e defender seus princípios e suas garantias, sua independência funcional, administrativa, financeira e orçamentária (art. 2º, incisos I, II e II do estatuto social da entidade)” (e-doc. 23).

Assim, além de configurar **entidade de classe de âmbito nacional**, nos termos do art. 103, inciso IX, da Constituição da República, a CONAMP seria representativa de **categoria profissional delimitada e homogênea**.

Estaria presente, outrossim, a **pertinência temática**, caracterizada

ADPF 881 / DF

pela **relação direta e imediata** entre as finalidades institucionais do requerente e o teor das normas impugnadas na presente arguição.

Sobre esse ponto, como ressaltei anteriormente,

“[a] argumentação trazida na petição inicial para infirmar as interpretações combatidas, por sua vez, está calcada na defesa da autonomia funcional dos membros do Ministério Público, na independência institucional do órgão e na necessidade do seu fortalecimento, com vistas ao fiel cumprimento de sua missão constitucional, questões que estão dentro do escopo da atuação institucional da CONAMP” (e-doc. 23).

Também é importante observar que, no caso, **o vício de inconstitucionalidade apontado na inicial atinge igualmente os membros do Ministério Público e do Poder Judiciário**, de modo que a limitação da representatividade do requerente e a exigência de pertinência temática pela jurisprudência da Suprema Corte não devem impedir, **nesse ponto, o conhecimento amplo da arguição**.

Em outras situações análogas, o Plenário do Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento de que

“a exigência de pertinência temática não impede o amplo conhecimento da ação, com a declaração de inconstitucionalidade da norma para além do âmbito dos indivíduos representados pela entidade requerente, quando o vício de inconstitucionalidade for idêntico para todos os seus destinatários” (ADI nº 4.203, **de minha relatoria**, Tribunal Pleno, julgada em 30/10/14, DJe de 2/2/15).

No mesmo sentido, cito, também, a ADI nº 4.364/SC, **de minha relatoria**, DJ de 2/3/11 e a ADI nº 3.710/GO, Rel. Min. **Joaquim Barbosa**,

ADPF 881 / DF

DJ de 27/4/07, nas quais se decidiu que, havendo alegação de inconstitucionalidade formal de norma – ou seja, sendo o vício alegado idêntico para todos os dispositivos –, “torna-se inviável a cisão da ação para dela conhecer apenas em relação aos dispositivos que guardem pertinência temática”.

Por último, saliento que, mesmo que assim não fosse, dado o quadro fático-processual delineado nos autos, seria imperioso reconhecer que **as objeções em apreço ficaram completamente prejudicadas a partir do ingresso da Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) no polo ativo do presente feito, na condição litisconsorte da CONAMP**, o qual foi deferido nos seguintes termos:

“Na espécie, constato que a entidade requerente possui legitimidade para questionar a constitucionalidade das normas em apreço, tendo em conta representar toda uma categoria, possuir caráter nacional e existir pertinência temática entre suas finalidades institucionais e as normas objeto de impugnação, **notadamente no que diz respeito à magistratura**.

Vale ressaltar, inclusive, que a AMB tem sido, reiteradamente, considerada detentora de legitimidade ativa para a propositura de ações diretas de inconstitucionalidade (v.g., ADPF nº 144/DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJe de 26/2/10; ADI nº 3.896/SE, Rel. Min. Cármem Lúcia, DJe de 8/8/2008; e ADI nº 3.854/DF-MC, Rel. Min. Cesar Peluso, DJe de 29/6/07), reconhecendo a jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal haver pertinência temática por parte dessa entidade mesmo para a propositura de ações que visem ao aperfeiçoamento do Poder Judiciário e à defesa de seu regular funcionamento, como ocorre no presente caso, não se limitando sua legitimidade à defesa de interesses meramente corporativos de seus filiados (v.g., ADI nº 2.831, Rel. Min. Marco Aurélio, red. p/ ac. Min. Alexandre de Moraes, DJe 8/7/21).

Ademais, eventual propositura de nova arguição pela entidade requerente, com objeto idêntico ao que ora se examina, decerto, enquadrar-se-ia em hipótese de distribuição por prevenção, conforme art. 77-B do RISTF, o que afasta a possibilidade de o seu ingresso tardio no feito representar ofensa ao postulado do juiz natural.

Como bem consignou o Ministro **Celso de Mello**, por ocasião do julgamento da **questão de ordem** nos autos da ADI nº 807,

'[a] nova Carta Política, ao ampliar o rol das pessoas ativamente legitimadas para o exercício da ação direta de constitucionalidade, **tornou viável, a partir da institucionalização dessa legitimidade concorrente, a formação de litisconsórcio ativo no processo objetivo de controle normativo abstrato, desde que, para efeito de sua instauração, os litisconsortes disponham, autonomamente, de qualidade para agir'** (ADI nº 807-QO, Rel. Min. **Celso de Melo**, Tribunal Pleno, DJ de 11/6/93).

No mesmo sentido, destaca-se também a decisão monocrática proferida em 18 de dezembro de 2010, nos autos ADI nº 4.465, mediante a qual o então Relator, Ministro **Marco Aurélio**, após o deferimento de medida liminar, admitiu o Estado de Santa Catarina como litisconsorte ativo em ação direta proposta pelo Estado do Pará. Segundo entendeu Sua Excelência na ocasião, a ‘ação, a rigor, poderia haver sido ajuizada pelo Estado de Santa Catarina tendo em conta a repercussão do ato atacado’ (ADI nº 4.465, Rel. Min. **Marco Aurélio**, DJ de 18/12/10), motivo pelo qual poderia aquele Estado ingressar no polo ativo do feito.

Desse modo, por economia processual, admito o ingresso

da ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS (AMB) no polo ativo do feito, em litisconsórcio com a ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO (CONAMP).

A ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS (AMB) receberá o processo no estado em que se encontra.”

Rejeito, pois, as preliminares em epígrafe.

2. DO MÉRITO

2.1 Da conversão do referendo em julgamento definitivo.

De início, observo que a arguição em apreço está pronta para julgamento definitivo, pois se encontra instruída com as informações dos requeridos e os pareceres do Advogado-Geral da União e do Procurador-Geral da República acerca das questões constitucionais suscitadas.

Nesse quadro, tendo em vista os princípios da celeridade e da economia processuais, propõe-se o julgamento definitivo de mérito, conforme amplamente admitido pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (ADI nº 5.396-MC, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, DJe de 9/10/20; ADI nº 5.393, Rel. Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, DJe de 19/2/19; ADI nº 5.253, de minha relatoria, Tribunal Pleno, DJe de 1º/8/17).

2.2 Do exame do art. 319 do Código Penal, o qual tipifica o delito de prevaricação, e a impossibilidade de criminalização de membros da magistratura e do Ministério Público pela atividade de interpretação da lei e do direito.

ADPF 881 / DF

Os requerentes postulam que o Supremo Tribunal Federal declare a **a não recepção parcial, sem redução de texto, do art. 319 do Código Penal pela Constituição vigente**, a fim de se

“afastar do seu campo de incidência a possibilidade de controle finalístico sobre a atuação funcional de membros do Ministério Público e do Poder Judiciário, no que restrita ao campo de interpretação da lei e da aplicação do direito, de modo a impedir a criminalização da atividade-fim do Ministério Público e do Poder Judiciário”.

Argumentam, em apertada síntese, que o delito de prevaricação, tipificado pelo art. 319 do CP, pode ser utilizado para “a criminalização de manifestações e de decisões dos membros do Poder Judiciário e do Ministério Público fundadas em interpretação jurídica”. Defendem, então, que referido dispositivo deve ser conformado com os princípios da independência do Poder Judiciário (CRFB/88, arts. 2º), da independência funcional do Ministério Público (CRFB/88, art. 127, § 1º) e do devido processo legal (CRFB/88, art. 5º, inciso LIV).

Em 22 de fevereiro de 2022, apreciei esse pedido monocraticamente, ocasião em que **deferi, em parte, a medida cautelar, ad referendum do Tribunal Pleno**, para determinar, nos termos do pedido formulado,

“a suspensão da eficácia do art. 319 do Código Penal, especificamente na acepção que possibilita o enquadramento da liberdade de convencimento motivado dos membros do Ministério Público e do Poder Judiciário como satisfação de ‘interesse ou sentimento pessoal’ ou como incidente no tipo objetivo, na modalidade ‘contra disposição expressa de lei’, para fins de tipificação como crime de prevaricação da conduta daqueles agentes que, no exercício lícito e regular da atividade-fim dessas instituições, e com amparo em interpretação da lei e do direito, defendam ponto de vista em discordância com

outros membros ou atores sociais e políticos”.

À época, entendi que o preceito atacado poderia dar margem à violação de preceitos constitucionais referentes à independência do Poder Judiciário e à autonomia do Ministério Público, assim como à independência funcional dos membros dessas instituições, em franca violação, outrossim, do Estado Democrático de Direito. Nessa esteira, salientei que o art. 41 da LOMAN assegura que os juízes não serão punidos ou prejudicados pelas opiniões que manifestarem ou pelo teor das decisões que proferirem, excetuadas as hipóteses de improriedade ou excesso de linguagem. Argumentei que a mesma lógica se estenderia aos membros do Ministério Público no exercício de suas atividades, com amparo no art. 41, inciso V, da Lei nº 8.625/93, que instituiu a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público. Registrei, por fim, que o art. 1º, § 2º, da Lei nº 13.869/19, ao dispor sobre os crimes de abuso de autoridade, estabeleceu que “a divergência na interpretação da lei ou na avaliação de fatos e provas não configura abuso de autoridade”.

A decisão liminar foi submetida a referendo em sessão do Plenário Virtual, realizada de 23 de maio de 2023 a 2 de junho de 2023. Naquela oportunidade, o Ministro **Edson Fachin** apresentou voto divergente. Ato contínuo, o julgamento foi suspenso pelo pedido de vista formulado pelo Ministro **Gilmar Mendes**.

Os autos foram devolvidos para a continuidade do julgamento na sessão do Plenário Virtual ocorrida entre 13 e 23 de outubro de 2023. Naquela assentada, o Ministro **Gilmar Mendes** acompanhou a divergência inaugurada pelo Ministro **Edson Fachin** e, na sequência, o julgamento foi interrompido pelo destaque do Ministro **Alexandre de Moraes**.

Revisitando os autos, e após melhor refletir sobre a matéria à luz das substanciosas contribuições do Ministro **Edson Fachin**, peço vênia aos pares, sobretudo aos que já votaram, para **rever meu posicionamento original**, pelos motivos que passo a expor.

ADPF 881 / DF

De fato, a ordem constitucional implantada em 1988 reconhece a independência do Poder Judiciário e concede ao Ministério Público, como instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado, para o exercício de suas finalidades institucionais, autonomia administrativa, orçamentária e financeira. Além disso, ela confere aos membros da magistratura e do Ministério Público deveres e prerrogativas simétricas, como, por exemplo, a independência funcional.

Em conjunto, essas características funcionam como **garantias constitucionais institucionais**, cujo objetivo é resguardar o Poder Judiciário e o Ministério Público da ingerência dos demais Poderes da República em seu funcionamento e no exercício das respectivas atribuições e, por conseguinte, assegura que as decisões e as manifestações jurídico-processuais sejam proferidas por seus membros de forma **isenta, impositiva e livre** de influência e de qualquer tipo de pressão (interna ou externa).

Todavia, igualmente acertado é o entendimento do Ministro **Edson Fachin** de que

“não há, no **paradigma democrático e republicano da Constituição**, poder infenso à *accountability*, seja através dos controles recíprocos entre os Poderes, seja através dos controles institucionais internos ou exercidos por órgãos constitucionais como o Conselho Nacional de Justiça e o Conselho Nacional do Ministério Público. Tais mecanismos de controle não excluem, evidentemente, a apuração de eventuais responsabilidades por violação dos deveres funcionais, ou pelas práticas de ilícitos, tendo em vista o postulado republicano que impõe a todos o tratamento igual (art. 5º, caput, da CF)”.

Em linhas gerais, pelo **princípio democrático** se exige alternância no poder. O governo é exercido por representantes eleitos pela maioria, em eleições periódicas, não se admitindo, por exemplo, a possibilidade de

reeleições sucessivas para os mesmos cargos de chefia do Poder Executivo, mas apenas uma única reeleição para mandato subsequente, de modo a se evitar a eternização no poder.

Outra medida indispensável à existência de um estado de direito verdadeiramente democrático – isto é, regido pelo princípio democrático – é a instituição de um Poder Judiciário independente, forte e vocacionado, precípuamente, à preservação das instituições democráticas e dos direitos fundamentais. Sem isso, não há democracia!

Logo, não se pode olvidar que, especificamente no que diz respeito ao Poder Judiciário, ter o princípio democrático como paradigma constitucional acarreta, para os membros desse poder, um dever de motivação das decisões judiciais. Afinal, como observa **Antônio Magalhães Gomes Filho** na obra “A motivação das decisões penais”, nos regimes democráticos, “**a legitimização dos membros do Judiciário – que não resulta da forma de investidura no cargo – só pode derivar do modo pelo qual é exercida a sua função**”. Consequentemente, a motivação das decisões judiciais “adquire uma conotação que transcende o âmbito próprio do processo para situar-se, portanto, no plano mais elevado da política”, convolando-se, pois, em “instrumento mais adequado ao controle sobre a forma pela qual se exerce a função jurisdicional”.

Esse raciocínio aplica-se aos membros do Ministério Público, que também possuem independência funcional. Nesse sentido, **Vera Karam de Chueiri e Miguel Gualano de Godoy** ressaltam o seguinte:

“Membros do Ministério Público e da magistratura devem atuar para aumentar a legitimidade democrática por meio da interpretação e aplicação do direito, e não o contrário. Ou seja, oferecer boas razões por meio de suas argumentações é o mínimo que se espera, é a premissa do agir destes agentes públicos no exercício de suas funções” (CHUEIRI, Vera Karam de; GODOY, Miguel Gualano. **Crime de hermenêutica ou blindagem a juízes e promotores? A decisão do Ministro Toffoli na ADPF 881 em xeque.** JOTA, 30/3/22).

Em sentido convergente, afirma **Luigi Ferrajoli** que, no regime democrático, a legitimidade do Poder Judiciário é decorrente “[de] la legitimidad de la función judicial” e, por isso, segundo esse autor, tal legitimidade “es siempre parcial e imperfecta” (**FERRAJOLI, Luigi, Derecho y Razón - Teoría del garantismo penal**. Madrid: Editorial Trotta, 3.ed., 1998. p. 547).

Já com a aplicação do **princípio republicano**, se objetiva impedir a existência de um poder absoluto e ilimitado. Isso significa, de um lado, que **todos se sujeitam ao estado de direito – e, por conseguinte, ao império da lei – e, de outro, que, a princípio, todos são iguais e devem receber o mesmo tratamento jurídico**. Em outras palavras, o princípio republicano veda tanto a instituição de um poder que não possa ser controlado quanto a instituição de tratamentos legais desiguais ou a concessão de benesses exclusivamente por motivação pessoal.

Juntos, os **princípios democrático e republicano ocupam posição central e fundante na ordem jurídico-constitucional vigente, constituindo verdadeiros paradigmas constitucionais**, dos quais decorreriam até mesmo o princípio da separação dos poderes (CRFB/88, art. 2º) e o princípio da isonomia como regra de tratamento igual (CRFB/88, art. 5º, **caput**), e a estrutura institucional do Poder Judiciário e do Ministério Público. Partindo desses importantes paradigmas constitucionais – os quais, diga-se de passagem, **antecedem os princípios de que me vali por ocasião da apreciação da medida cautelar, por serem estruturantes do estado democrático de direito instituído pela Constituição de 1988** –, chega-se à conclusão de que, realmente, **não procede a pretensão dos requerentes**.

Primeiramente, porque, como muito bem destacado pelo Ministro **Edson Fachin**, os membros do Poder Judiciário e do Ministério Público também estão – **e devem estar sempre** – sujeitos a um eficiente sistema de **accountability**. E esse sistema – **logicamente** – não pode prescindir da possibilidade de tutela penal para casos extremos.

Nesse ponto, não é demais lembrar que o famigerado “**crime de hermenêutica**”, expressão cunhada por Rui Barbosa para se referir ao tipo previsto no § 1º do art. 207 do Código Penal do Império (Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890), encontrava guarida em uma dogmática jurídica já superada. Como bem explicou o Ministro **Edson Fachin**, no voto divergente proferido por ocasião do referendo da medida cautelar deferida nestes autos,

“a previsão do § 1º do art. 207 do Código Penal do Império veicula enunciado normativo que estava afinada com uma ordem de ideias completamente distinta da Constituição de 1988.

À época de Rui ainda havia forte influência da Escola da Exegese e de uma compreensão mecanicista da interpretação do direito. Não é o que se verifica no tempo presente.

No paradigma da Constituição de 1988 não é possível conceber magistrado ou magistrada, membros do Ministério Público, ou de outras relevantes funções jurídicas, que restrinjam o papel do intérprete ao de juiz ‘boca da lei’ de que falava Montesquieu em seu *Espírito das Leis* (Capítulo VI, Livro Décimo Primeiro. São Paulo, Abril cultural, p. 152). Tampouco é o caso de reduzir a interpretação do direito aos métodos ensinados desde Savigny.

Nesta quadra da história, cumpre não só aos profissionais do direito, mas também a todos os cidadãos, integrantes da comunidade aberta de intérpretes da Constituição, a tarefa de construir os sentidos a partir do texto e constituir a comunidade política que a Constituição constitui.

Tais considerações são fundamentais para compreender a natureza dos afazeres hermenêuticos, cuja tarefa de interpretar não é mecânica, nem simples e está sujeita a controles argumentativos, processuais e institucionais (Neil MacCormick.

Retórica e Estado de Direito. Rio de Janeiro: Elsevier), jamais à responsabilização criminal”.

Deveras, a realidade atual é outra! Do ponto de vista ideológico, assistimos à superação do formalismo jurídico, à ascensão do direito público e da centralidade da Constituição no ordenamento jurídico e à formação de uma cultura jurídica pós-positivista. Paralelamente, experimentamos uma acelerada revolução tecnológica que tem transformado as formas de viver, trabalhar e interagir. A sociedade contemporânea, portanto, é global, hiperconectada, plural e extremamente complexa.

Nesse contexto, como explica o Ministro **Roberto Barroso**, em obra doutrinária,

“as relações institucionais, sociais e interpessoais enredam-se nos desvãos dessa sociedade complexa plural, sem certezas plenas, verdades seguras ou consensos apaziguadores. E, num mundo em que tudo se judicializa mais cedo ou mais tarde, tribunais e cortes constitucionais defrontam-se com situações para as quais não há respostas fáceis ou eticamente simples. Alguns exemplos:

A) pode um casal surdo-mudo utilizar a engenharia genética para gerar um filho surdo-mudo e, assim, habitar o mesmo universo existencial que os pais?

B) uma pessoa que se encontrava no primeiro lugar da fila, submeteu-se a um transplante de fígado. Quando surgiu um novo fígado, destinado ao paciente seguinte, o paciente que se submetera ao transplante anterior sofreu uma rejeição e reivindicava o novo fígado. Quem deveria recebê-lo?

C) pode um adepto da religião Testemunha de Jeová recusar terminantemente uma transfusão de sangue, mesmo que indispensável para salvar-lhe a vida, por ser tal

ADPF 881 / DF

procedimento contrário à sua convicção religiosa?

D) pode uma mulher pretender engravidar do marido que já morreu, mas deixou o seu sêmen em um banco de esperma?

E) uma pessoa, nascida fisiologicamente homem, mas considerando-se uma transexual feminina, celebrar um casamento entre pessoas do mesmo sexo com outra mulher?

Nenhuma dessas questões é teórica. Todas elas correspondem a casos concretos ocorridos no Brasil e no exterior, e levados aos tribunais. Nenhuma delas tinha uma resposta pré-pronta e segura que pudesse ser colhida na legislação. A razão é simples: nem o constituinte nem o legislador são capazes de prever todas as situações da vida, formulando respostas claras e objetivas. Além do que, na moderna interpretação jurídica, a norma já não corresponde apenas ao enunciado abstrato do texto, mas é produto da interação entre texto e realidade. Daí a crescente promulgação de constituições compromissórias, com princípios que tutelam interesses contrapostos, bem como o recurso a normas de textura aberta, cujo sentido concreto somente poderá ser estabelecido em interação com os fatos subjacentes. Vale dizer: por decisão do constituinte ou do legislador, muitas questões têm a sua decisão final transferida ao juízo valorativo do julgador. Como consequência, inevitável, tornou-se menos definida a fronteira entre legislação e jurisdição, entre política e direito” (BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro.** 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 430).

E continua Sua Excelência, dizendo o seguinte:

“As hipóteses referidas acima constituem *casos difíceis*, isto é, casos para os quais não existem respostas pré-prontas à disposição do intérprete. A solução, portanto, terá de ser

construída lógica e argumentativamente pelo juiz, à luz dos elementos do caso concreto, dos parâmetros fixados na norma, dos precedentes e de aspectos externos ao ordenamento jurídico. Daí se fazer referência a essa atuação, por vezes, como sendo criação judicial do direito. Em rigor, porém, o que o juiz faz, de verdade, é colher no sistema jurídico fundamento normativo que servirá de fio condutor do seu argumento. Toda decisão judicial precisa ser reconduzida a uma norma jurídica. Trata-se de um trabalho de construção de sentido, e não de invenção de um Direito novo” (BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 430).

Feito esse registro, esclareço que **não se está a afirmar** aqui que o juiz e o membro do Ministério Público **não podem ser responsabilizados criminalmente pelo que fazem no exercício das atribuições do cargo**. Salienta-se, apenas, que **essa responsabilidade não decorrerá tão somente, por exemplo, de uma decisão proferida em sentido contrário à jurisprudência sobre a matéria ou de um parecer em descompasso com o entendimento majoritário**. Recorde-se, aliás, que **art. 41 da LOMAN preconiza**, expressamente, que o magistrado não pode ser punido ou prejudicado pelas opiniões que manifestar ou pelo teor das decisões que proferir, “[s]alvo os casos de impropriedade ou excesso de linguagem”. Da mesma forma, o **art. 41, inciso V, da Lei nº 8.625/93** preceitua ser prerrogativa dos membros do Ministério Público a “inviolabilidade pelas opiniões que externar ou pelo teor de suas manifestações processuais ou procedimentos, nos limites de sua independência funcional”.

Ora, a divergência e a discordância são inerentes à atividade de interpretação do direito, diuturnamente desempenhada por esses profissionais. Mais que isso: a divergência e a discordância são imprescindíveis para a solução dialética das controvérsias. A propósito, aliás, destacou o Ministro **Edson Fachin**, em seu voto, que

“é da natureza do Estado Democrático de Direito que a interpretação do direito e, sobretudo, da Constituição, seja objeto de controvérsias jurídicas e políticas que servem como verdadeiro combustível para a mobilização de pessoas e grupos sociais”.

Isso posto, contata-se que **a adequada fundamentação das decisões judiciais e dos pareceres do Ministério Público**, além de legitimar o Poder Judiciário e a Instituição Ministerial, **impede que os membros da magistratura e do Ministério Público, ao atuarem no exercício regular das atribuições do cargo, incidam no tipo incriminador do crime de prevaricação** (CP, art. 319).

Sobre a matéria, o Plenário do Supremo Tribunal Federal decidiu que

“os magistrados gozam de plena liberdade de convicção e autonomia funcional no exercício do mister jurisdicional, sendo certo, ademais, que a própria LOMAN, em seu art. 41, lhes garante o direito de não serem punidos ou prejudicados pelas opiniões que manifestarem ou pelo teor das decisões que proferirem, executadas as hipóteses de improriedade ou excesso de linguagem” (Pet nº 8.787-AgR, **de minha relatoria**, Tribunal Pleno, julgado em 8/6/20, DJe de 14/7/20).

No mesmo sentido, cito também o seguinte precedente,

“o ordenamento jurídico brasileiro, ao estabelecer os princípios da independência e da livre convicção motivada, o que faz em benefício dos jurisdicionados, não admite a glosa ou a impugnação às decisões judiciais que não seja pela via judicial, sob pena da nefasta criminalização da hermenêutica” (Inq nº 4.744/DF-AgR, Primeira Turma, Rel. Min. **Roberto**

Barroso, DJe de 11/10/19).

Não é de se estranhar, então, que, quanto o crime de prevaricação, descrito no art. 319 do Código Penal, remonte à edição do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – **estando em vigor, portanto, há mais de 8 (oito) décadas sem qualquer alteração de redação** – não haja notícias – **nem os requerentes fizeram prova disto** – de que membros do Poder Judiciário e do Ministério Público estariam a sofrer, **indiscriminadamente, com sucessivas e reiteradas** investigações criminais e/ou processos criminais pelo **exercício legítimo** das atribuições do cargo.

Ao contrário. O que se tem, infelizmente, é a constatação de que, **vez ou outra, algumas dessas autoridades atuam motivadas por propósitos escusos ou se valem de métodos ilegais**. Em uma e outra hipótese, a atuação judicial e ministerial estão acoimadas, eivadas de vício insanável, dada sua ilegitimidade constitucional, por malferir os paradigmas republicano ou democrático. Como, então, não repreender e punir exemplarmente tais condutas? Como negar, em tese e **a priori**, a possibilidade de tutela penal nessas hipóteses? Isso não acarretaria uma subversão dos valores constitucionais, colocando em risco justamente aqueles valores que são mais caros ao estado democrático de direito implantado pela Constituição de 1988 e que funcionam como alicerces para a construção do ordenamento jurídico pátrio e o adequado funcionamento social?

Em nenhum momento este Relator cogitou estabelecer, em favor de membros do Poder Judiciário ou do Ministério Público, qualquer tipo de vantagem indevida ou de privilégio, muito menos pretendeu criar uma espécie de “imunidade penal” para quem quer que seja.

Aliás, como alertei ao apreciar a medida cautelar, a decisão então proferida não queria dizer

“que não poderá haver, então, responsabilização penal

de magistrados e de membros do Ministério Público em face de sua atuao ao agir com dolo ou fraude sobre limites éticos e jurídicos de suas funções, ocasionando injustos gravames a terceiros e obtendo vantagem indevida para si ou para outrem” (e-doc. 23).

Mesmo assim, ao reexaminar nos autos e refletir mais detidamente sobre a controvérsia constitucional neles posta, ampliando o olhar para toda a Constituição, **verifico que seria um erro reafirmar a decisão cautelar.** Isso porque, ao se resguardar a independência do Poder Judiciário e do Ministério Público, assim como a autonomia dessas instituições e de seus membros, sem se levar em conta que esses princípios constitucionais são, em verdade, corolários dos valores democrático e republicano e, por conseguinte, estão a serviços desses – **como instrumentos para alcançá-los, e não como fins em si mesmos** –, o entendimento original acabou dando margem a um efeito prático não vislumbrado: **o enfraquecimento da accountability de juízes e membros do Ministério P**úblico. Isso fragiliza o sistema de freios e contrapesos implantado pela própria Constituição de 1988 e, por tabela, a médio e longo prazos, poderia colocar em risco a efetividade dos princípios democrático e republicano, dos quais aquele sistema decorre e pelos quais a jurisdição constitucional deve zelar em primeiríssimo lugar.

Prosseguindo na análise da controvérsia constitucional por esse prisma mais amplo, constato que **o dispositivo questionado foi, sim, recepcionado pela ordem jurídico-constitucional instituída pela Constituição da República de 1988.**

Dispõe o art. 319 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, o qual instituiu o Código Penal, **in verbis:**

“Art. 319 - Retardar ou deixar de praticar, indevidamente ato de ofício, ou praticá-lo contra disposição expressa de lei, para satisfazer interesse ou sentimento pessoal:

Pena - de detenção, de três meses a um ano, e multa."

Cuida-se, assim, de tipo penal incriminador inserido no Título XI, Capítulo I do Código Penal, o qual dispõe sobre os **crimes praticados por funcionário público (*latus sensus*) contra a Administração em geral**, configurando **crime próprio**, pois só pode ser praticado por **aquele que "exerce cargo, emprego ou função pública"** (CP, art. 327).

O núcleo do tipo consiste em "retardar" (isto é, em prostrar, atrasar, adiar, protelar, procrastinar, delongar), ou "deixar de praticar" (**modalidades omissivas**), ou, ainda, em "praticar" ato de ofício contra disposição expressa de lei (**modalidade comissiva**), exigindo-se, nesse último caso, a violação de um mandamento legal expresso e taxativo.

Para a doutrina majoritária, **nas modalidades omissivas, não se admite a tentativa**. Isso porque, "ou o agente atua, deixando de existir o crime, ou se omite ou retarda na prática do ato de ofício de forma relevante para o direito penal, estando consumada a infração" (LEITE, Mário Sérgio, Requisitos Típicos do crime de prevaricação e a independência judicial, **Revista dos Tribunais**, v. 88, n. 760, p. 506-515, fev. 1999).

Ato de ofício, por sua vez, seria "aquele que se compreende nas atribuições próprias do cargo ou função, ou em sua competência, correspondendo assim a ato administrativo ou judicial" (LEITE, Mário Sérgio, Requisitos Típicos do crime de prevaricação e a independência judicial, **Revista dos Tribunais**, v. 88, n. 760, p. 506-515, fev. 1999).

O crime só pode ser praticado de forma **dolosa**, sendo necessário, ainda, o **dolo específico** de atuar "para satisfazer interesse ou sentimento pessoal". Nesse sentido, Mário Sérgio Leite ensina o seguinte:

"É exigível também a presença do segundo elemento subjetivo do tipo, para a caracterização do delito, que é o intuito de satisfazer interesse ou sentimento pessoal. Então, não basta a existência do dolo, vontade livre e consciente de praticar ações

indicadas, sendo necessária a presença do elemento subjetivo do tipo expresso, segundo as palavras do eterno Celso Delmanto, pela finalidade especial de agir, ‘para satisfazer interesse ou sentimento pessoal’.

Em verdade, a indispensabilidade do especial fim de agir faz com que ocorra a ampliação do aspecto subjetivo do tipo. Contudo, o intuito de satisfazer interesse ou sentimento pessoal não pertence ao dolo nem o integra, já que este se esgota na vontade e consciência de realização da ação dirigida ao resultado.”

Como facilmente se observa, a prevaricação é delito que tutela **o bom funcionamento da Administração Pública**, que não pode endossar a conduta de funcionários que, **deliberadamente e para satisfazer interesse próprio**, negligenciem o cumprimento de seus deveres ou desobedeçam às normas pertinentes, com prejuízo da eficiência da atividade administrativa e menoscabo dos princípios constitucionais plasmados no art. 37 do texto constitucional.

Assim, a possibilidade de reprimenda criminal aos **funcionários públicos faltosos e desleais** vai ao encontro da concretização dos comandos constitucionais, **mesmo quando, eventualmente, se está diante de membros da magistratura e do Ministério Público**. Primeiro, porque esses profissionais exercem função pública de elevada importância e, exatamente por isso, **como todos os outros funcionários públicos**, devem prestar contas acerca do desempenho das atribuições do cargo.

Segundo, porque a exigência de comprovação de **dolo** e também de **dolo específico** para configurar o crime de prevaricação afasta, na prática, a **aparente** incompatibilidade do tipo penal com as prerrogativas constitucionais asseguradas aos juízes e membros do Ministério Público. Como explica **Mário Sérgio Leite**,

“ao deixar de praticar o ato de ofício, inerente à função, ou praticá-lo contra disposição expressa de lei, o Magistrado só estará cometendo crime em hipóteses mui excepcionais, quando estará traindo o seu próprio cargo e vilipendiando sua consciência jurídica, pois ao agir munido por sentimento ou interesse pessoal, elementos subjetivos do tipo imprescindíveis para a caracterização do crime, estará abandonando a posição de autoridade pública” (LEITE, Mário Sérgio, Requisitos Típicos do crime de prevaricação e a independência judicial, *Revista dos Tribunais*, v. 88, n. 760, p. 506-515, fev. 1999 – grifo nosso).

Complementa o referido autor que

“a não observância de regra expressa da lei, muitas vezes, decorre da própria interpretação do ordenamento jurídico, até porque o juiz deve partir da análise da Constituição para interpretar a lei. De qualquer forma, só há falar em prevaricação se presentes seus contornos típicos, devendo ser respeitada a decisão proferida pelo Magistrado diante da independência judicial.

A função judicial não se esgota em um mero juízo automático de pura subsunção do fato à norma; do contraste dos fatos com o ordenamento jurídico, tomando-se como pedra-de-toque a Lei Máxima, é que se constrói uma decisão. Exigir do Magistrado um comportamento apriorístico, matemático, meramente positivista-legalista, é inaceitável diante do Estado Democrático de Direito.

É por isso que o Magistrado, exercendo sua função jurisdicional, não pratica o delito de prevaricação, salvo em hipóteses excepcionais, quando, em realidade, não está sendo juiz, pois estará abandonando uma condição funcional objetiva, qual seja, a imparcialidade” (LEITE, Mário Sérgio,

Requisitos Típicos do crime de prevaricação e a independência judicial, **Revista dos Tribunais**, v. 88, n. 760, p. 506-515, fev. 1999).

Apesar de o mencionado autor falar especificamente a respeito dos juízes, como os membros do Ministério Público, de forma análoga, desfrutam de independência funcional para que possam exercer suas atribuições institucionais, o raciocínio acima em tudo se aplica a eles.

Não há dúvida, portanto, de que a norma questionada **foi recepcionada** pela nova ordem constitucional.

3. DISPOSITIVO

Ante o exposto, **converto o julgamento do referendo da medida cautelar em julgamento de mérito** e, por conseguinte,

I - não conheço da presente arguição de descumprimento de preceito fundamental quanto ao disposto no art. 3º-B, incisos V, VI, VII, VIII, IX e XI; no art. 127; no art. 156, inciso I; no art. 242; no art. 282, §§ 2º, 4º e 5º; e no art. 311 do Código de Processo Penal, com as alterações promovidas pelas Leis nºs 11.690/08 e 13.964/19;

II - com relação ao disposto no art. 319 do Código Penal, revendo meu posicionamento inicial, revogo a medida cautelar concedida em parte e, no mérito, julgo improcedente o pedido formulado na inicial.

É como voto.