

Saúdo o bem lançado relatório proferido pelo e. Ministro Dias Toffoli. Apenas para expressar as premissas que conduziram às minhas conclusões na matéria, permito-me consignar que se trata de referendo de medida cautelar concedida na arguição de descumprimento de preceito fundamental proposta pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público – CONAMP em face do artigo 319 do Código Penal (Decreto-Lei nº 2848, de 7.12.1940) que prescreve o crime de prevaricação e dos enunciados previstos nos arts. 3º-B, V, VI, VII, VIII, IX e XI, 127, 156, I, 242, 282, §§ 2º, 4º e 5º, e 311 do Decreto-Lei 3.689, de 3.10.1941 (Código de Processo Penal), com alterações das Leis 11.690, de 9.6.2008, e 13.964, de 24.12.2019.

Quanto a esses dispositivos, a associação pretende afastar interpretação que permita o deferimento de medidas restritivas ou de produção de provas poderiam ser adotadas na fase de investigação ou no curso da ação penal, sem requerimento ou manifestação prévia do Ministério Público, violando os arts. 5º, LIV, 103, § 1º, e 129, I, VII e VIII, da Constituição da República, de modo a preservar o sistema acusatório definido pela Constituição Federal.

Por outro lado, em relação ao art. 319 do Código Penal, a CONAMP pede que (eDOC 01, p. 38):

“se declare a não-recepção parcial, sem redução de texto, do art. 319 do Código Penal, pela vigente Constituição Federal, a fim de afastar a possibilidade de subsunção da atuação finalística (decorrente do livre convencimento e da independência funcional) dos membros do Ministério Público e do Poder Judiciário ao delito de prevaricação, seja em seu tipo objetivo, diante da multiplicidade de interpretações legítimas e possíveis de uma norma no âmbito da hermenêutica jurídica, seja ainda como satisfação de “interesse ou sentimento pessoal”, para fins de tipificação como crime de prevaricação da conduta daqueles agentes que, no exercício regular da atividade-fim dessas instituições, e com amparo em interpretação da lei e do direito, defendam orientação, ainda que minoritária, em discordância com outros membros ou atores sociais e políticos.”

A Presidência da República prestou informações nas quais aduz (eDOC 16) a ilegitimidade ativa da CONAMP para tutelar interesses e prerrogativas do Poder Judiciário; por isso, nesse ponto, deve ser parcialmente extinta a presente arguição de descumprimento de preceito fundamental, sem julgamento de mérito. No mérito, pugna pelo

deferimento parcial dos pedidos; de modo a seja reconhecida a **recepção** do art. 319 do Código Penal pela Constituição, julgando improcedente o pedido nesse ponto, e, que seja julgado procedente o pedido em face dos artigos 3º-B, V, VI, VII, VIII, IX e XI, 127, 156, I, 242, 282, §§ 2º, 4º e 5º, e 311 do Código Penal, para que: “seja afastada a interpretação que permite o deferimento de medidas constritivas ou probatórias na fase de investigação sem a oitiva prévia do Ministério Público. (eDOC 16, p. 7)”.

A Advocacia-Geral da União (eDOC 19) manifestou-se em parecer ementado:

“Constitucional e Processual Penal. Impugnação dirigida contra o artigo 319 do Código Penal; e os artigos 3º-B, incisos V, VI, VII, VIII, IX e XI; 127; 156, inciso I; 242; 282, §§ 2º, 4º, e 5º; e 311, do Código de Processo Penal. Pedido de declaração de não-recepção parcial, sem redução de texto, do artigo 319 do Código Penal pela Constituição Federal e de interpretação conforme dos dispositivos do Código de Processo Penal questionados. Alegada violação aos artigos 2º; 5º, inciso LIV; 103, § 1º; 127, §1º, e 129, incisos I, VII e VIII, da Constituição. Preliminares. Ausência parcial de pertinência temática. Impossibilidade jurídica do pedido de interpretação conforme. Mérito. O artigo 319 do Código Penal não criminaliza a atividade de livre convencimento motivado dos membros do Ministério Público e do Poder Judiciário, tendo sido recepcionado pela Constituição Federal. Inequívoca adoção do modelo acusatório de persecução penal pela Carta Republicana, o que enseja a necessidade de oitiva prévia do órgão ministerial nas diligências policiais constritivas de direitos e na decretação judicial de medidas cautelares para investigação criminal ou instrução processual penal, quando não requeridas pelo próprio Parquet. Presença dos requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*. **Manifestação pelo não conhecimento parcial da ação e, quanto ao mérito do pedido de medida cautelar, pelo seu deferimento parcial, para que se fixe entendimento no sentido de que as normas que regem o processo penal alusivas à fase investigativa sejam interpretadas de modo a resguardar a prévia oitiva e participação do Ministério Público na decretação judicial de diligências constritivas de direitos, ressalvada a possibilidade de que essa manifestação seja postergada em situações excepcionais.**”

A Procuradoria-Geral da República emitiu parecer a favor da concessão do pedido cautelar, com a seguinte ementa (eDOC 21):

“ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. DISPOSIÇÕES DO ART. 319 DO DECRETO-LEI 2.848/1940 (CÓDIGO PENAL) E DOS ARTS. 3º-B, V, VI, VII, VIII, IX E XI, 127, 156, I, 242, 282, §§ 2º, 4º E 5º, E 311 DO DECRETO-LEI 3.689 /1941 (CÓDIGO DE PROCESSO PENAL), COM ALTERAÇÕES DAS LEIS 11.690/2008 E 13.964/2019. LEGITIMIDADE DA CONAMP. IMPUGNAÇÃO À EXEGESE DO ART. 319 DO CP QUE POSSIBILITA TIPIFICAR COMO CRIME DE PREVARICAÇÃO ATOS OU POSICIONAMENTOS NO EXERCÍCIO REGULAR DA ATIVIDADE-FIM DE MAGISTRADOS E DE MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE ATIVA. INTERPRETAÇÃO DE NORMA PENAL QUE DESÁGUA EM IDÊNTICA INCONSTITUCIONALIDADE PARA TODOS OS DESTINATÁRIOS. CONHECIMENTO AMPLO DA ARGUIÇÃO. MÉRITO. ENQUADRAMENTO DE POSICIONAMENTOS JURÍDICOS FUNDADOS NA INTERPRETAÇÃO DE LEI E DO DIREITO COMO “SATISFAÇÃO DE INTERESSE OU SENTIMENTO PESSOAL”. CRIMINALIZAÇÃO DO EXERCÍCIO LÍCITO E REGULAR DA ATIVIDADE-FIM DO MP E DO JUDICIÁRIO (CRIME DE HERMENÊUTICA). OFENSA ÀS PRERROGATIVAS DE AUTONOMIA E DE INDEPENDÊNCIA FUNCIONAL. ARTS. 3º-B, V, VI, VII, VIII, IX E XI, 127, 156, I, 242, 282, §§ 2º, 4º E 5º, E 311 DO CPP. DETERMINAÇÃO DE MEDIDAS CAUTELARES E DE DECISÕES JUDICIAIS QUE OCASIONEM RESTRIÇÕES A DIREITOS FUNDAMENTAIS DE CIDADÃOS SEM A PRÉVIA MANIFESTAÇÃO DO ÓRGÃO COMPETENTE DO MINISTÉRIO PÚBLICO. AFRONTA AO SISTEMA PROCESSUAL PENAL ACUSATÓRIO, À INÉRCIA E À IMPARCIALIDADE DA JURISDIÇÃO E À TITULARIDADE DO PARQUET NA PERSECUÇÃO PENAL. VIOLAÇÃO DOS PRECEITOS FUNDAMENTAIS DOS ARTS. 5º, LIV, 103, § 1º, E 129, I, VII E VIII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. 1. Há de ser conhecida de forma ampla a ação de controle concentrado proposta por entidade de classe, quando o vício de inconstitucionalidade apontado for idêntico para outros destinatários da norma, além da categoria por ela representada (ADI 4.203/RJ, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 2.2.2015). 2. Assegura a Constituição Federal prerrogativas de autonomia e de independência funcional ao Poder Judiciário e ao Ministério Público, a fim de permitir aos respectivos membros manifestarem posições jurídico-processuais e proferirem decisões sem risco de sofrerem ingerência ou pressão externas. 3. A responsabilização penal de magistrados e de membros do Ministério Público em face de atuação que, ao desbordar com dolo ou fraude dos limites éticos e jurídicos de suas funções, ocasione injustos gravames a terceiros, não atenta contra a plena liberdade de convicção e a autonomia funcional de que se revestem os

ofícios jurisdicional e ministerial. 4. Viola os arts. 2º, 99, caput, e 127, caput e §§ 1º e 2º, da Constituição Federal a interpretação do art. 319 do Código Penal que dê guarida ao enquadramento no tipo de prevaricação posições jurídicas amparadas em interpretação da lei e do Direito, inerentes ao exercício lícito e regular da atividade fim de magistrados e membros do Ministério Público, ainda que passíveis de críticas e discordâncias no meio social e jurídico. 5. Aplicação dos arts. 3º-B, V, VI, VII, VIII, IX e XI, 127, 156, I, 242, 282, §§ 2º, 4º e 5º, e 311 do Código de Processo Penal que possibilite a determinação de medidas cautelares e a prolação de decisões que restrinjam direitos fundamentais de cidadãos sem a prévia manifestação do órgão competente do MP ofende os preceitos fundamentais dos arts. 5º, LIV, 103, § 1º, e 129, I, VII e VIII, da Constituição Federal, que acolhem o sistema processual penal acusatório, a titularidade do MP na persecução penal, a inércia e a imparcialidade da jurisdição. — Parecer pelo conhecimento da arguição e pelo deferimento da medida cautelar.”

Em decisão monocrática (eDOC 23), o e. Relator, Ministro Dias Toffoli, deferiu parcialmente o provimento cautelar requerido. Nela reconheceu a legitimidade ativa da CONAMP para o ajuizamento da ação, bem como o cabimento e o cumprimento dos requisitos para a propositura da arguição de descumprimento de preceito fundamental. O Relator reconheceu a plausibilidade jurídica do pedido para afastar a subsunção da atividade finalista decorrente do livre convencimento e da independência funcional dos membros do Ministério Público e do Poder Judiciário ao delito de prevaricação. Por isso, concedeu a medida liminar pela não-recepção parcial, sem redução de texto, do artigo 319 do Código Penal, nessa hipótese.

Por outro lado, entendeu que não há urgência quanto ao segundo pedido deduzido, pois a tutela requerida tem por objeto idêntico ao da ADPF 847 também de sua relatoria.

Ao final, decidiu (eDOC 23, p. 18-19):

“Por essas considerações, ad referendum do Tribunal Pleno (art. 5º, § 1º, da Lei n. 9882/99), defiro parcialmente a medida cautelar para, nos termos do pedido formulado pela autora, determinar

‘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'."

Nos despachos (eDOC 35) e (eDOC 37) o Relator admitiu o ingresso, na condição de *amici curiae*, o Ministério Público do Estado de São Paulo (eDOC 24) e a Associação dos Magistrados Brasileiros (eDOC 27), respectivamente.

É o que havia a lembrar.

Princípio por delimitar o objeto do presente referendo. O e. Relator entendeu que não havia urgência em apreciar o pedido a respeito dos arts. 3º-B, V, VI, VII, VIII, IX e XI, 127, 156, I, 242, 282, §§ 2º, 4º e 5º, e 311 do Código de Processo Penal, pois tal questionamento seria objeto de outra arguição de descumprimento de preceito fundamental de sua relatoria.

Portanto não há, até o presente momento, decisão monocrática a ser apreciada quanto a esse pedido.

De modo que, o que se submete a referendo é (eDOC 23, p. 18-19):

'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'."

Neste momento de cognição sumária, passarei a analisar a questão constitucional à luz dos requisitos que devem ser preenchidos neste exame perfunctório. E, do exame que fiz dos autos, concluo que tais exigências não foram cumpridas.

Por isso, peço vênia ao e. Relator, **para divergir da decisão proferida pelas razões que passo a expor.**

1. Ilegitimidade ativa

De acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, as associações ou entidades de classe devem preencher três requisitos para que seja reconhecida a sua legitimidade ativa para instaurar o controle concentrado da constitucionalidade das leis. São eles: i) a homogeneidade de composição; ii) o caráter nacional; iii) a pertinência temática.

Sobre o requisito de pertinência há diversos precedentes, dentre eles, cito: ADI 1.157, rel. Min. Celso de Mello, DJ 17.11.2006; ADI 1.873, rel. Min. Marco Aurélio, DJ 19.9.2003; ADI 3.330, rel. Min. Ayres Britto, DJe 22.3.2013; ADI 4.361 AgR, rel. Min. Luiz Fux, DJe 1.2.2012; ADI 3.913, de minha relatoria, DJe 20.5.2014; e ADI 5.757 AgR, rel. Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, DJe 27.8.2018.

No caso desta arguição de descumprimento de preceito fundamental, conforme descrito pelo e. Relator, não há dúvida que a CONAMP cumpre tais requisitos no que diz respeito aos interesses, direitos e temas que afetem os membros do Ministério Público.

Não obstante, o requisito de vinculação dos fins institucionais ao objeto da demanda não está presente em relação a extensão subjetiva da tutela requerida, vale dizer, não pode a Associação Nacional dos Membros do Ministério Público – CONAMP postular em nome dos magistrados brasileiros.

Portanto, carece à CONAMP de legitimidade ativa para ajuizar ação em defesa das prerrogativas da magistratura, pois não possui interesse de agir e vinculação institucional aos magistrados brasileiros. Assim, em relação aos magistrados brasileiros, não cumpre o requisito de pertinência temática, conforme verifico da análise das disposições estatutárias da entidade (eDOC 4, p. 2 -13).

2. Conhecimento da ADPF

A arguição de descumprimento de preceito fundamental tem por função evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, realizada pelo Poder Público ou controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição (art. 1º, parágrafo único, I, da Lei nº 9882 de 1999).

A Lei nº 9882 de 1999 prevê em seu artigo 3º e no § 1º do art. 4º (subsidiariedade), os requisitos para o regular processamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental. Entendo que são cumpridas tais exigências, o que autoriza o conhecimento da presente ação.

Na inicial alega-se possíveis violações aos princípios institucionais e às garantias dos membros do Poder Judiciário e do Ministério Público, tais práticas podem configurar violação ao preceito fundamental da separação dos poderes. Constato, também, que a questão constitucional posta se dá sobre a recepção de ato normativo anterior à Constituição de 1988. Além de não haver outro meio para sanar a possível lesividade em sede de controle concentrado.

Por tais razões, conheço da presente arguição de descumprimento fundamental e passo a apresentar os pontos de partida que orientarão a análise do pedido liminar deferido.

3. Pontos de partida para análise da medida cautelar concedida

Sabe-se, conforme nos ensina Roberto Gargarella (La sala de maquinas de la Constitución. Buenos Aires, Katz, 2014) que a maioria das constituições da América do Sul adotou o regime republicano e o sistema de governo presidencialista, de modo que a forma de separar os poderes nesses países seguiu inspiração norte-americana, a partir dos *checks and ballances*, isto é, dos *freios e contrapesos*, descrito por James Madison no Federalista nº 51 (Os Federalistas. São Paulo: Abril Cultural).

Sabe-se, também, conforme relata José Murilo de Carvalho (Formação das Almas. São Paulo: Companhia das Letras), que o Brasil passou a adotar o sistema de freios e contrapesos para separar os poderes desde a primeira Constituição republicana de 1891.

Segundo a lição madisoniana, inspirada em famoso trecho d'O Espírito das Leis, a lógica do sistema é fomentar que um poder limite o outro. De modo que, quando um avança o outro recua e são constituídos mecanismos que permitem espaços e controles recíprocos.

Tais mecanismos devem ser lidos à luz do paradigma instituído pela Constituição da República de 1988. A partir dela a República erigida constitui-se em Estado Democrático de Direito, cujos Poderes emanam da soberania popular (art. 1º, parágrafo único, CF).

Nesse sistema, todos os Poderes estão submetidos à autoridade da Constituição e devem protegê-la e efetivá-la em suas atuações, vale dizer, pelos *inputs* e *outputs* que são produzidos pela atuação institucional.

Tais movimentos, de sístoles e diástoles, devem ser lidos à luz da axiologia que se extrai da legalidade constitucional, de modo a orientar teleologicamente o exercício das competências e prerrogativas concedidas a cada Poder, especialmente, neste caso, ao Poder Judiciário e ao Ministério Público. Poderes que gozam não só de autonomia institucional e de prerrogativas para os seus membros, mas também estão sujeitos a mecanismos de *accountability* e de responsabilidade previstos na Constituição.

Além dos mecanismos de freios e contrapesos entre Poderes, o poder de reforma da Constituição instituiu, com a Emenda Constitucional nº 45 de 2004, órgãos constitucionais que têm por finalidade assegurar o controle da atuação administrativa e financeira e o cumprimento dos deveres funcionais dos membros do Poder Judiciário e do Ministério Público, respectivamente, art. 103-B, § 4º, incisos I a V, e, art. 130-A, § 2º, incisos da Constituição Federal, conforme se lê:

“Art. 103-B. O Conselho Nacional de Justiça compõe-se de 15 (quinze) membros com mandato de 2 (dois) anos, admitida 1 (uma) recondução, sendo:

(...)

§ 4º Compete ao Conselho o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, cabendo-lhe, além de outras atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura:

I - zelar pela autonomia do Poder Judiciário e pelo cumprimento do Estatuto da Magistratura, podendo expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências:

II - zelar pela observância do art. 37 e apreciar, de ofício ou mediante provocação, a legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Poder Judiciário, podendo desconstituí-los, revê-los ou fixar prazo para que se adotem as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, sem prejuízo da competência do Tribunal de Contas da União;

III - receber e conhecer das reclamações contra membros ou órgãos do Poder Judiciário, inclusive contra seus serviços auxiliares, serventias e órgãos prestadores de serviços notariais e de registro que atuem por delegação do poder público ou oficializados, sem prejuízo da competência disciplinar e correicional dos tribunais, podendo avocar processos disciplinares em curso, determinar a remoção ou a disponibilidade e aplicar outras sanções administrativas, assegurada ampla defesa;

IV - representar ao Ministério Público, **no caso de crime contra a administração pública ou de abuso de autoridade** ;

V - rever, de ofício ou mediante provocação, os processos disciplinares de juízes e membros de tribunais julgados há menos de um ano;" **(grifei)**

"Art. 130-A. O Conselho Nacional do Ministério Público compõe-se de quatorze membros nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal, para um mandato de dois anos, admitida uma recondução, sendo:

(...)

§ 2º Compete ao Conselho Nacional do Ministério Público o controle da atuação administrativa e financeira do Ministério Público e do cumprimento dos deveres funcionais de seus membros, cabendo-lhe:

I zelar pela autonomia funcional e administrativa do Ministério Público, podendo expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências;

II zelar pela observância do art. 37 e apreciar, de ofício ou mediante provocação, a legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Ministério Público da União e dos Estados, podendo desconstituí-los, revê-los ou fixar prazo para que se adotem as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, sem prejuízo da competência dos Tribunais de Contas;

III - receber e conhecer das reclamações contra membros ou órgãos do Ministério Público da União ou dos Estados, inclusive contra seus serviços auxiliares, sem prejuízo da competência disciplinar e correicional da instituição, podendo avocar processos disciplinares em curso, determinar a remoção ou a disponibilidade e aplicar outras sanções administrativas, assegurada ampla defesa;

IV - rever, de ofício ou mediante provocação, os processos disciplinares de membros do Ministério Público da União ou dos Estados julgados há menos de um ano;”

A mera leitura desses enunciados evidencia que, de um lado, 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 pela práticas de ilícitos, tendo em vista o postulado republicano que impõe a todos o tratamento igual (art. 5º, *caput*, da CF).

Os limites aos meios, técnicas e métodos de responsabilização **estão determinados pelo direito**, como não poderia deixar de ser em um Estado Democrático de direito.

Do outro lado, os significados que se extraem dos signos constitucionais não deixam dúvidas sobre a importância que a Constituição assegurou a tais instituições, concedendo-lhes garantias e prerrogativas para bem desempenhar as primordiais funções públicas que lhe atribui, sobretudo na proteção e promoção dos direitos fundamentais e da democracia aos cidadãos e cidadãos brasileiros.

Portanto, é a partir do direito e dever fundamental de tratamento igual (art. 5º, *caput*, CF) e dos princípios republicano, do Estado Democrático de Direito (art. 1º), da separação dos poderes (art. 2º) e de outras regras e princípios que lhes dão concreção, tais como os artigos 93, 95, 96, 99, 127, 18 e 129, que prescrevem o desenho institucional do Poder Judiciário, do Ministério Público e que instituem as garantias e prerrogativas dos seus membros, que passo a analisar se estão presentes os requisitos autorizadores da concessão da medida liminar e que justificam o seu referendo.

4. Perigo da demora

O parágrafo 1º do art. 5º da Lei 9.882/1999 dispõe que:

“Art. 5º o O Supremo Tribunal Federal, por decisão da maioria absoluta de seus membros, poderá deferir pedido de medida liminar na arguição de descumprimento de preceito fundamental.

§ 1º o Em caso de extrema urgência ou perigo de lesão grave, ou ainda, em período de recesso, poderá o relator conceder a liminar, *ad referendum* do Tribunal Pleno.”

Do enunciado do § 1º do art. 5º da Lei 9.882/1999 dimana a exigência de comprovação de extrema urgência ou de perigo de lesão grave para que haja a concessão de liminar pelo Relator.

Com todas as vênias aos entendimentos diversos, entendo que tal exigência não foi satisfeita na presente arguição de descumprimento de preceito fundamental, tendo em vista que não é possível identificar, a partir das alegações (eDOC 01) e dos documentos acostados à inicial (eDOCs 2 a 6), elementos que respaldem a alegação de urgência que autorizaria a manutenção da cautelar concedida.

Além dessa carência probatória, cujo ônus deveria o autor ter se desincumbido, verifico, igualmente, que a redação do art. 319 do Código Penal não foi modificada desde a outorga do Decreto-Lei nº 2848 em 07 de dezembro de 1940. Vigente há mais de 80 décadas, poder-se-ia cogitar eventual mudança das circunstâncias fáticas que justificariam a plausibilidade de responsabilizar criminalmente, pelo crime de prevaricação, os membros do Ministério Público, em clara violação às suas prerrogativas e ao “livre convencimento motivado” (eDOC 01, p. 33) dos seus membros.

Não obstante, neste momento processual, não encontro nos autos, a prova da urgência ou do perigo de lesão, isto é, o perigo concreto de que tal criminalização ocorra ou tenha ocorrido recentemente, o que demandaria a concessão da medida.

Portanto, verifico a ausência dos elementos necessários para configurar o perigo na demora.

5. Plausibilidade do direito alegado

Afirma-se na exordial que o art. 319 do Código Penal pode ser utilizado para criminalizar o exercício das atividades regulares dos membros do Ministério Público, afirma-se que (eDOC 01, p. 29):

“Considerando que a interpretação das leis e da Constituição Federal é passível de inconciliáveis divergências e posições

antagônicas, e tendo em vista que o Poder Judiciário e o Ministério Público lidam diuturnamente com interpretação do ordenamento jurídico em vigor, torna-se inviável que os seus membros venham responder e/ou ser condenados pela prática do crime de prevaricação, tipificado no art. 319 do Código Penal, quando, ao exercerem regularmente suas funções e empregarem interpretação jurídica das leis e do direito, exararem manifestações e decisões contrárias aos entendimentos de outros membros, ou atores sociais e políticos.”

Adiante afirma que (eDOC 01, p. 33-34):

“incumbe a essa Corte Suprema declarar a não-recepção parcial, sem redução de texto, do art. 319 do Código Penal pela vigente Constituição Federal de 1988, de modo a afastar a possibilidade de subsunção da atividade do livre convencimento motivado dos membros do Ministério Público e do Poder Judiciário ao delito de prevaricação, seja em seu tipo objetivo, diante da multiplicidade de interpretações legítimas e possíveis de uma norma no âmbito da hermenêutica jurídica, seja ainda como satisfação de “interesse ou sentimento pessoal”, para fins de tipificação como crime de prevaricação da conduta daqueles agentes que, no exercício regular da atividade-fim dessas instituições, e com amparo em interpretação da lei e do direito, defendam ponto de vista, ainda que minoritários, em discordância com outros membros ou atores sociais e políticos.”
(grifei)

Para analisar a plausibilidade do direito alegado é necessário ter em conta que, conforme afirmado acima, não foram apresentados subsídios probatórios que justificassem a urgência e a iminência da prática de lesões ou de ameaças de violações às prerrogativas dos membros do Ministério Público a partir da criminalização da atuação institucional de seus membros.

Tampouco identifico nos autos demonstrações de que o crime de prevaricação foi ou tem sido utilizado para criminalizar os membros do *Parquet*, especialmente no exercício da interpretação dos fatos e de direitos que, em tese, possam dissentir de opiniões majoritárias ou desagradá-las.

A criminalização da legítima e indispensável atividade de interpretação do direito, foi descrita por Rui Barbosa como “crime de hermenêutica”. Em seu Prefácio ao vol. XXIII, Tomo III, de 1896 das Obras Completas, de Rui Barbosa, José Gomes B. Câmara nos informa do processo que ocorrera em

face do juiz de direito da Comarca de Rio Grande, Estado do Rio Grande do Sul, o Dr. Alcides Mendonça Lima, ex-constituente, que ao abrir 1ª sessão do júri, em 28 de março de 1896, declarara contrários à Constituição Federal o art. 65 da Lei nº 10, o Código de Processo Penal de 1898, o primeiro código de processo penal estadual.

O presidente do Estado, Júlio de Castilhos, solicitou que fosse promovida com a maior brevidade a responsabilidade “do juiz delinquente e faccioso”(CÂMARA, José Gomes B. Prefácio. In: BARBOSA, Rui. Obras Completas. vol. XXIII, Tomo III, de 1896, p. XXVII). Em menos de quatro dias foi oferecida a denúncia com base no art. 207, §1º do Código Penal do Império (Decreto nº 847 de 11 de outubro de 1890), o qual previa:

“Art. 207. Cometerá crime de prevaricação o empregado público que, por afeição, ódio, contemplação, ou para promover interesse pessoal seu:

1º Julgar, ou proceder, contra literal disposição de lei.”

Houve condenação no tribunal local e no Superior Tribunal. Foi proposta a revisão criminal nº 215 neste Supremo Tribunal Federal, para a qual foi constituído para patrono do recorrente Rui Barbosa.

O Supremo Tribunal Federal deu provimento ao recurso, absolveu o réu, mas não se manifestou sobre a questão da inconstitucionalidade da disposição do Código de Processo Penal do Rio Grande do Sul.

Ao longo de sua defesa o que Rui Barbosa brilhantemente demonstra (BARBOSA, Rui. Obras Completas. vol. XXIII, Tomo III, de 1896, p. 227 e ss.) é que o magistrado não poderia ser condenado por divergências de compreensão a respeito do direito e de sua interpretação. A criminalização de tal ato não teria precedentes, com ironia afirma que, teria nascido entre nós por geração espontânea.

Sem dúvida, há que se concordar com a professora da Faculdade de Direito da UFMG, Maria Fernanda Salcedo Repolês (O caso dos crimes de hermenêutica: precedente do controle difuso de constitucionalidade no Brasil. Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/Anais/sao_paulo/1913.pdf. Acesso em: 30.05.2023) a respeito da importância do

caso para a construção do controle difuso de constitucionalidade no Brasil, e da dificuldade àquela época de se aceitar o controle jurisdicional de constitucionalidade no início da República.

Todavia, consoante com as premissas postas nesse voto, e na linha da compreensão veiculada pela professora Repolês, há que se consignar que a previsão do §1º do art. 207 do Código Penal do Império veicula enunciado normativo que estava afinada como uma ordem de ideias completamente distinta da Constituição de 1988.

À época de Rui ainda havia a 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 dos 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 ou institucionais (Neil MacCormick. Retórica e Estado de Direito. Rio de Janeiro: Elsevier), jamais à responsabilização criminal.

Além disso, 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.

Passo a análise perfunctória da possível não recepção parcial do crime de prevaricação que autorizaria a sua suspensão liminar.

5.1 A não recepção do crime de prevaricação

A redação do tipo penal não foi alterada desde a promulgação do Código Penal, o Decreto-Lei nº 2.848 de 7 de dezembro de 1940:

“Prevaricação

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

Incluído no Capítulo dos crimes praticados por funcionário público contra a Administração em geral, a prevaricação terá como sujeito ativo um agente público que: i) retarda ou deixa de praticar ato de ofício (modalidade omissiva); ou, ii) pratica ato de ofício contra disposição expressa de lei. Tal crime não admite modalidade culposa e em ambas as hipóteses é necessário o dolo específico, qual seja, “para satisfazer interesse ou sentimento pessoal”.

A inicial sugere que o tipo penal se aplicaria aos membros do Ministério Público e do Poder Judiciário ao agirem no exercício regular de suas atividades-fim desses Poderes e: “com amparo em interpretação da lei e do direito, defendam ponto de vista, ainda que minoritários, em discordância com outros membros ou atores sociais e políticos.”

Todavia, conforme afirmam os professores da Faculdade de Direito da UFPR, Vera Karam de Chueiri e Miguel Gualano de Godoy, em artigo a respeito desta medida liminar (Crime de hermenêutica ou blindagem a juízes e promotores? Jota. Disponível em: <https://www.jota.info/stf/supra/adpf-881-crime-de-hermeneutica-ou-blindagem-a-juizes-e-promotores-30032022> Acesso em: 29.05.2023):

“Não se cogita que as atuações dos membros do Ministério Público e juízes, no exercício regular de suas funções, configurem crime, ainda que representem entendimentos minoritários, divergentes, ou errados mesmos. Tais decisões são passíveis de correções via recursos, e não via sanção penal.”

Logo, é implausível que membros de tais carreiras, no exercício legítimo de suas atividades-fim possam vir a praticar atos de prevaricação na modalidade omissiva ou comissiva. A verificação de condutas que poderão ser tipificadas como crime de prevaricação demandam a análise das

circunstâncias fáticas do caso, sempre submetidas aos preceitos do devido processo, da ampla defesa e do contraditório.

Portanto, à luz das premissas acima expostas não me parece plausível, tampouco provável, que a resposta penal será a primeira, violando o princípio da intervenção mínima, e em detrimento aos mecanismos de controles internos de cada Poder ou dos Conselhos Nacional de Justiça e do Ministério Público.

Não me parece, igualmente razoável a ausência de controle por parte do Poder Judiciário quando do oferecimento da denúncia se há acusação de “crime de hermenêutica” em clara violação a Constituição.

Tais argumentos reforçam a presunção de constitucionalidade do art. 319 do Código Penal e militam a favor da sua recepção, já que, *a princípio*, e, em abstrato, não parecem enfraquecer a *accountability* inerente ao Estado Democrático de Direito e ao regime republicano previsto na Constituição.

Por fim, o tipo do art. 319 do Código Penal dirige-se aos agentes públicos que praticam os atos comissivo e omissivos com o dolo específico, isto é, o especial fim de agir acima mencionado.

Do exame dos argumentos deduzidos e das provas apresentadas, entendo que a manutenção da medida liminar pode violar o direito fundamental à igualdade e o dever do estado de tratar a todos com igual respeito e consideração, ambos fundados no art. 5º, *caput*, da Constituição da República, aplicável a todos os agentes públicos que porventura pratiquem os atos ali proscritos. A princípio, o art. 319 do Código Penal é compatível com a Constituição e foi por ela recepcionado.

Por tais razões, com as vênias daqueles que possuem compreensão diversa, divirjo do e. Relator e entendo que não deva ser referendada a liminar concedida.

É como voto.