

**MEDIDA CAUTELAR NA 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

**DECISÃO:**

Trata-se de arguição de descumprimento de preceito fundamental, com pedido de medida cautelar, ajuizada pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP), contra o art. 319 do Código Penal, **no intuito de afastar a possibilidade de incidência do crime de prevaricação à atividade de livre convencimento motivado dos membros do Ministério Público e do Poder Judiciário**, bem como em face dos arts. 3º-B, incs. V, VI, VII, VIII, IX e XI, 127, 156, inc. I, 242, 282, §§ 2º, 4º e 5º, e 311 do Código de Processo Penal, para que **seja excluída a possibilidade de deferimento de medidas na fase de investigação sem pedido ou manifestação prévia do Ministério Público**.

O processo foi a mim distribuído por prevenção, tendo em vista a identidade de objeto com a ADPF 847, da **minha relatoria**, ajuizada pelo Procurador-Geral da República, a qual questiona, exclusivamente, a possibilidade de deferimento de medidas na fase de investigação sem manifestação prévia do Ministério Público.

Eis o teor das normas impugnadas nessa arguição:

**“Código Penal**

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.”

**Código de Processo Penal**

## ADPF 881 MC / DF

Art. 3º-B. O juiz das garantias é responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário, competindo-lhe especialmente: (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

(...)

V - decidir sobre o requerimento de prisão provisória ou outra medida cautelar, observado o disposto no § 1º deste artigo; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

VI - prorrogar a prisão provisória ou outra medida cautelar, bem como substituí-las ou revogá-las, assegurado, no primeiro caso, o exercício do contraditório em audiência pública e oral, na forma do disposto neste Código ou em legislação especial pertinente; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

VII - decidir sobre o requerimento de produção antecipada de provas consideradas urgentes e não repetíveis, assegurados o contraditório e a ampla defesa em audiência pública e oral; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

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; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

IX - determinar o trancamento do inquérito policial quando não houver fundamento razoável para sua instauração ou prosseguimento; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

(...)

XI - decidir sobre os requerimentos de: (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

a) interceptação telefônica, do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática ou de outras formas de comunicação; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

b) afastamento dos sigilos fiscal, bancário, de dados e telefônico; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

c) busca e apreensão domiciliar; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

## ADPF 881 MC / DF

d) acesso a informações sigilosas; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

e) outros meios de obtenção da prova que restrinjam direitos fundamentais do investigado; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

(...)

Art. 127. O juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou do ofendido, ou mediante representação da autoridade policial, poderá ordenar o seqüestro, em qualquer fase do processo ou ainda antes de oferecida a denúncia ou queixa.

(...)

Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)

I - ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida; (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

(...)

Art. 242. A busca poderá ser determinada de ofício ou a requerimento de qualquer das partes.

(...)

Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a: (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

(...)

§ 2º As medidas cautelares serão decretadas pelo juiz a requerimento das partes ou, quando no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público. (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)

(...)

§ 4º No caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas, o juiz, mediante requerimento do

## ADPF 881 MC / DF

Ministério Público, de seu assistente ou do querelante, poderá substituir a medida, impor outra em cumulação, ou, em último caso, decretar a prisão preventiva, nos termos do parágrafo único do art. 312 deste Código. (Redação dada pela Lei 13.964, de 2019)

§ 5º O juiz poderá, de ofício ou a pedido das partes, revogar a medida cautelar ou substituí-la quando verificar a falta de motivo para que subsista, bem como voltar a decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem. (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)

(...)

Art. 311. Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial. (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)''

A requerente alega que a aplicação do art. 319 do Código Penal para a finalidade combatida nesta arguição vai de encontro à independência funcional do Poder Judiciário e do Ministério Público, consagrada nos arts. 2º e 127, § 1º, da CF/88, e, ainda, ao devido processo legal, conforme o art. 5º, inc. LIV.

Para tanto, sustenta que o "tipo prescrito no art. 319 do Código Penal pode ser utilizado para a criminalização de manifestações e de decisões dos membros do Poder Judiciário e do Ministério Público fundadas em interpretação jurídica do ordenamento jurídico."

Quanto à interpretação a ser concedida aos dispositivos do CPP, suscita também o princípio da independência funcional,

"de maneira a salvaguardar o sistema penal acusatório, para se excluir a possibilidade de deferimento de medidas na fase de investigação, sem pedido ou manifestação prévia do Ministério Público, em decorrência da interpretação sistemática dos arts. 5º, LIV, 103, § 1º, e 129, I, VII e VIII, da Constituição Federal."

## ADPF 881 MC / DF

Ao fim, pleiteia, liminarmente, a suspensão da eficácia dos dispositivos, **especificamente no que se refere às interpretações ora impugnadas.**

No **mérito**, requer que:

a) 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.

b) se declare inconstitucional a interpretação dos dispositivos 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, 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, em relação às disposições que permitem a interpretação de que 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, em atenção às normas dos arts. 5º, LIV, 103, § 1º, e 129, I, VII e VIII, da Constituição Federal.

Solicitei informações ao(s) requerido(s) e determinei vista ao Advogado-Geral da União e ao Procurador-Geral da República, no prazo comum de 5 dias (art. 5º, § 2º, da Lei nº 9.882/99).

## ADPF 881 MC / DF

Nas informações, a Presidência da República remete ao parecer da Subchefia para Assuntos Jurídicos da Secretaria-Geral da Presidência, pelo qual o órgão opina pelo não conhecimento da arguição, considerando “a impossibilidade de se dar interpretação conforme a Constituição quando, como sucede no caso presente, os sentidos das normas são unívocos, pois essa técnica, como dito à exaustão, somente é utilizável quando a norma impugnada admite, dentre as varias interpretações possíveis, uma que a compatibilize com a Carta Magna”. No mérito, manifesta-se pelo parcial provimento dos pedidos, para que seja reconhecida a recepção do art. 319 do Código Penal e, “em relação aos arts. 3º-B, V, VI, VII, VIII, IX e XI, 127, 156, I, 242, 282, §§ 2o, 4o e 5o, e 311, todos do Código de Processo Penal, seja afastada a interpretação constitucional que permita o deferimento de medidas constritivas ou probatórias na fase de investigação, sem a oitiva prévia do Ministério Público”.

O Advogado-Geral da União proferiu parecer em que defende, preliminarmente, o conhecimento parcial da ação. Sustenta que a arguição, no ponto em que trata do art. 319 do Código Penal, não merece conhecimento em relação aos membros do Poder Judiciário, ante a ausência de pertinência entre esse objeto e as atividades institucionais da autora. Na parte conhecida, sustenta o deferimento da medida cautelar, “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”.

O Procurador-Geral da República, por seu turno, manifestou-se pelo conhecimento da arguição e pelo deferimento da medida cautelar.

É o breve relatório.

De início, **reconheço a legitimidade ativa da Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP)** para propor a presente arguição de descumprimento de preceito fundamental.

## ADPF 881 MC / DF

A Constituição de 1988, no art. 103, inciso IX, reconheceu legitimidade ativa às entidades de classe de âmbito nacional para a propositura de ações de controle concentrado de constitucionalidade.

Segundo a jurisprudência da Corte, figuram como requisitos qualificativos de tais entidades, para fins de acesso ao controle abstrato de normas, (i) a delimitação subjetiva da associação, que deve representar categoria delimitada ou delimitável de pessoas físicas ou jurídicas, sendo vedada a heterogeneidade de composição (ADI nº 4.230/RJ-AgR, de **minha relatoria**); (ii) o caráter nacional, configurado com a comprovação da presença de associados em ao menos nove estados da Federação (ADI nº 108/DF-QO, Ministro Celso de Mello, DJ de 5/6/92); e (iii) a vinculação temática entre os objetivos institucionais da postulante e a norma objeto de sindicância.

A autora preenche o primeiro requisito, visto que representa a categoria delimitada e homogênea dos membros do Ministério Público da União e dos Estados, ativos e inativos (art. 1º do estatuto social). O caráter nacional também está presente, pois a CONAMP está presente nos vinte e seis estados brasileiros e no Distrito Federal (Disponível em: <<https://www.conamp.org.br/institucional/associacoes-afiliadas.html>>. Acesso em 22/2/22).

Por fim, está clara a vinculação temática entre os objetivos institucionais da autora e o objeto dessa ADPF. Dentre as finalidades CONAMP, consta defender os direitos, garantias, autonomia, prerrogativas, interesses e reivindicações dos membros do Ministério Público, defender o fortalecimento da instituição e defender seus princípios de garantias, sua independência funcional, administrativa, financeira e orçamentária (art. 2º, incisos I, II e III do estatuto social da entidade). 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

## ADPF 881 MC / DF

institucional da CONAMP.

Por fim, o Plenário do Supremo Tribunal Federal reconheceu em outras ocasiões, inclusive em julgados recentes, a legitimidade ativa do CONAMP para o controle concentrado de constitucionalidade (ADI 6845, Relator a Ministra **Cármem Lúcia**, Tribunal Pleno, DJe de 5/11/21; ADI 5490, Relator a Ministra **Cármem Lúcia**, Tribunal Pleno, DJe de 9/12/19; ADI 5171, Relator o Ministro **Luiz Fux**, Tribunal Pleno, DJe de 10/12/19).

Também reconheço o **cabimento de arguição de descumprimento de preceito fundamental** para resolver a controvérsia em exame.

Os pressupostos de cabimento da ADPF podem ser subdivididos em pressupostos gerais e pressuposto específico, previsto no art. 1º, parágrafo único, inciso I, da Lei nº 9.882/1999 (BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009 p. 278-292).

O chamado pressuposto específico refere-se tão somente às hipóteses em que a ADPF é ajuizada com amparo no referido preceito da lei federal, correspondendo à demonstração da existência de controvérsia constitucional relevante sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição.

Os pressupostos gerais, no entanto, são sempre exigíveis, sendo eles: a demonstração de violação em tese de preceito fundamental (**caput** do art. 1º da Lei nº 9.882/1999); e ausência de outro meio eficaz para sanar a lesividade arguida na ação, exigência denominada de princípio da subsidiariedade (art. 4º, § 1º, da Lei nº 9.882/1999).

Todos os requisitos estão presentes no caso.

No que tange ao primeiro pressuposto geral – ofensa a preceito fundamental - assentou Sua Excelência o Ministro **Gilmar Mendes** na emblemática ADPF nº 33/PA o seguinte:

“É o estudo da ordem constitucional no seu contexto normativo e nas suas relações de interdependência que permite identificar as disposições essenciais para a preservação dos princípios basilares dos preceitos fundamentais em um

## ADPF 881 MC / DF

determinado sistema. (...) Destarte, um juízo mais ou menos seguro sobre a lesão de preceito fundamental consistente nos princípios da divisão de Poderes, da forma federativa do Estado ou dos direitos e garantias individuais exige, preliminarmente, a identificação do conteúdo dessas categorias na ordem constitucional e, especialmente, das suas relações de interdependência. Nessa linha de entendimento, a lesão a preceito fundamental não se configurará apenas quando se verificar possível afronta a um princípio fundamental, tal como assente na ordem constitucional, mas também a disposições que confirmam densidade normativa ou significado específico a esse princípio. Tendo em vista as interconexões e interdependências dos princípios e regras, talvez não seja recomendável proceder-se a uma distinção entre essas duas categorias, fixando-se um conceito extensivo de preceito fundamental, abrangente das normas básicas contidas no texto constitucional”.

No caso presente, a autora suscita a violação dos postulados constitucionais que regem o Ministério Público e o Poder Judiciário – seus princípios institucionais e as garantias funcionais de seus membros.

O Poder Judiciário compõe o mecanismo de freios e contrapesos, indispensável à manutenção e à vitalidade do sistema republicano e do regime democrático, cabendo a ele zelar pelos direitos humanos e fundamentais e promover a paz social. O Ministério Público, por sua vez, é também órgão essencial à realização da justiça, que atua precipuamente na defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. A preservação dos princípios e das garantias de membros dessas instituições são condições lógicas para a realização da missão conferida constitucionalmente a cada uma dessas instituições.

Portanto, está preenchido o requisito de possível violação a preceito fundamental da Constituição de 1988.

Relativamente ao princípio da subsidiariedade, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal assentou que o outro meio eficaz para sanar a lesão, cuja viabilidade torna incabível a ADPF, deve ser compreendido, no

## ADPF 881 MC / DF

contexto da ordem constitucional global, como aquele **apto a solver a controvérsia constitucional relevante de forma ampla, geral e imediata** (ADPF nº 33/PA, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ de 7/12/05).

No caso presente, parcela do objeto da ação corresponde ao questionamento de uma norma anterior à Constituição de 1988, o art. 319 do Código Penal, em relação ao qual se requer a exclusão de dada interpretação, considerada violadora de preceitos fundamentais. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal reconhece o cabimento de ADPF para resolver controvérsia relativa a normas anteriores à Constituição de 1988, visto que, nesse caso, é manifestamente incabível o manejo das demais ações do controle concentrado (ADPF nº 33/PA, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ de 7/12/05; ADPF 90, Relator o Ministro **Luiz Fux**, Tribunal Pleno, DJe de 13/5/20; ).

Diante da relevância da controvérsia posta nessa ação direta, que diz respeito à interpretação de norma federal anterior à Constituição de 1988 em face do novo texto constitucional, a ADPF apresenta-se como único instrumento capaz de resolver a controvérsia constitucional em tela de **forma ampla, geral e imediata**.

Por fim, ressalto que, embora parcela do objeto dessa arguição diga respeito a normas posteriores à Constituição de 1988, o Supremo Tribunal Federal já conheceu integralmente de ADPF em situação análoga, tendo em vista a fungibilidade das ações de controle concentrado (ADPF 378 MC, Relator Edson Fachin, Relator p/ acórdão Ministro Roberto Barroso, Tribunal Pleno, DJe de 8/3/16).

Estando atendidos os pressupostos de cabimento da presente arguição, **passo à análise do mérito da medida cautelar**.

Reconheço, salvo melhor juízo, **que a hipótese dos autos autoriza o deferimento parcial da cautelar**.

Duas são as questões postas nessa arguição:

1) a primeira diz respeito aos limites da interpretação do art. 319 do Código Penal, que tipifica o crime de prevaricação. No ponto, a autora requer a suspensão da eficácia do preceito, “**especificamente na aceção**

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”;

2) a segunda questão diz respeito à interpretação dos artigos 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, todos do Código de Processo Penal, com as alterações das Leis 11.690, de 9.6.2008, e 13.964, de 24.12.2019, “**para se excluir a possibilidade de deferimento de medidas na fase de investigação, sem pedido ou manifestação prévia do Ministério Público**, em decorrência da interpretação sistemática dos arts. 5o, LIV, 103, § 1o, e 129, I, VII e VIII, da Constituição Federal”.

A segunda questão é objeto da ADPF 847, também da **minha relatoria**, ajuizada pelo Procurador-Geral da República, a qual, inclusive, atraiu a minha relatoria para o presente processo, por prevenção. Trata-se de matéria de elevada complexidade, que ainda requer maior reflexão e cuja análise, diferentemente do que ocorre no caso presente, **não apresenta a mesma urgência**. Portanto, no que tange ao segundo ponto objeto dessa arguição, não antevejo, neste momento, *periculum in mora* que justifique a pronta apreciação do tema.

Diferentemente, **com relação à controvérsia relativa ao art. 319 do Código Penal, entendo que estão presentes os requisitos para a concessão da medida cautelar especificamente quanto a esse ponto**.

Com efeito, no que toca ao art. 319 do Código Penal, pugna a requerente que esta Suprema Corte declare a sua não-recepção parcial, sem redução de texto, **no intuito de**

“afastar do seu campo de incidência a possibilidade de controle finalístico sobre a atuação funcional de membros do

## ADPF 881 MC / DF

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”.

Feito esse registro, anoto que a Constituição Federal assegura a autonomia e a independência funcional ao Poder Judiciário e do Ministério Público no exercício do seu mister, sendo, portanto, uma **prerrogativa indeclinável**, que garante aos seus membros a hipótese de manifestarem posições jurídico-processuais e proferirem decisões sem risco de sofrerem ingerência ou pressões político-externas.

Nesse sentido, dispôs o texto constitucional:

“Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

(...)

Art. 99. Ao Poder Judiciário é assegurada autonomia administrativa e financeira.

(...)

Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

§ 1º - São princípios institucionais do Ministério Público a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional.

§ 2º Ao Ministério Público é assegurada autonomia funcional e administrativa, podendo, observado o disposto no art. 169, propor ao Poder Legislativo a criação e extinção de seus cargos e serviços auxiliares, provendo-os por concurso público de provas ou de provas e títulos, a política remuneratória e os planos de carreira; a lei disporá sobre sua organização e funcionamento. (...).”

No que diz respeito aos **magistrados**, esta Suprema Corte, nas doudas palavras do Ministro **Celso de Mello**, consignou que a

## ADPF 881 MC / DF

independência judicial constitui

“exigência política destinada a conferir, ao magistrado, **plena liberdade decisória** no julgamento das causas a ele submetidas, em ordem a permitir-lhe o desempenho autônomo do '*officium judicis*', sem o temor de sofrer, por efeito de sua prática profissional, abusivas instaurações de procedimentos penais ou civis” (Inq nº 2.699-QO/DF, Tribunal Pleno, DJe de 8/5/09.)

Com efeito, os magistrados se enquadram na espécie agente político, investidos para o exercício de relevantes atribuições constitucionais, sendo dotados de prerrogativas próprias, previstas na Lei Complementar nº 35/79.

Esse diploma normativo, que disciplina o Estatuto da Magistratura até o advento da lei complementar prevista no art. 93, **caput**, da Constituição Federal, consoante pacífica jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, foi recepcionado pela ordem constitucional vigente (*v.g.* ADI nº 509/MT, Tribunal Pleno, Relator o Ministro **Ricardo Lewandowski**, DJe de 19/9/14; ADI nº 3.072/BA, Tribunal Pleno, Relator o Ministro **Gilmar Mendes**, DJe de 15/8/19; ADI nº 5142/BA, Tribunal Pleno, Relator o Ministro **Alexandre de Moraes**, DJe de 9/9/19, entre outros)

Dentre as prerrogativas previstas na LOMAN, destaca-se o **artigo 41**, que lhes garante o direito de **não serem punidos ou prejudicados pelas opiniões que manifestarem ou pelo teor das decisões que proferirem**, excetuadas as hipóteses de impropriedade ou excesso de linguagem.

Sob essa perspectiva, o Supremo Tribunal Federal já assentou, na voz do Ministro **Roberto Barroso**, que

“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.**

A liberdade de atuação dos magistrados é exercida com observância do dever de fundamentação justamente para permitir a impugnação das decisões pela via judicial (art. 93, IX, CF)” (Inq nº 4.744-AgR/DF, Primeira Turma, DJe de 11/10/19 – grifos no original)

**Renato Brasileiro de Lima** evidencia que o objetivo do artigo 41 da LOMAM foi coibir o chamado “**crime de hermenêutica**”, compreendido pelo autor como “toda e qualquer figura delituosa que procure criminalizar a interpretação jurídica, fática ou probatória, que o agente público dê aos fatos que lhe são trazidos para sua apreciação” (**Legislação Criminal Especial Comentada**, 8ª Edição, 2020).

A expressão “crime de hermenêutica” remonta a um escrito de **Rui Barbosa** acerca de processo criminal movido contra um juiz do Estado do Rio Grande do Sul, o qual foi denunciado por ter recusado a aplicação de uma norma estadual por considerá-la inconstitucional. Rui Barbosa atuara no caso, tendo apresentado memoriais perante o Supremo Tribunal Federal, os quais foram mais tarde convertidos em livro. Do texto, destaco o seguinte excerto, que a autora da ação também transcreve na inicial:

“(…)Para fazer do magistrado uma prepotência equivalente, criaram a novidade da doutrina, que inventou para o juiz os crimes de hermenêutica, **responsabilizando-o penalmente pelas rebeldias da sua consciência ao padrão oficial no entendimento dos textos.**

Esta hipérbole do absurdo não tem linguagem conhecida: nasceu entre nós por geração espontânea. **E, se passar, fará da toga a mais humilde das profissões servis, estabelecendo, para o aplicador judicial das leis, uma subalternidade constantemente ameaçada pelos oráculos da ortodoxia cortesã.** Se o julgador, cuja opinião não condiga com a dos seus julgadores na análise do direito escrito, incorrer, por essa dissidência, em sanção criminal, a hierarquia judiciária, em vez

## ADPF 881 MC / DF

de ser a garantia da justiça contra os erros individuais dos juízes, pelo sistema dos recursos, **ter-se-á convertido, a benefício dos interesses poderosos, em mecanismo de pressão, para substituir a consciência pessoal do magistrado, base de toda a confiança na judicatura, pela ação cominatória do terror, que dissolve o homem em escravo**” (BARBOSA, Rui. Obras Completas de Rui Barbosa, vol. XXIII (1896), tomo III, Rio de Janeiro: MEC, Casa de Rui Barbosa, 1976. p. 228).

Pois bem, **a *ratio* dessa compreensão, penso eu, também se estende aos membros do Ministério Público no exercício de suas atividades, pois, como assentiu a Procuradoria-Geral da República em sua manifestação,**

“também em relação ao Ministério Público, cuidou o texto constitucional de assegurar-lhe importantes garantias de autonomia e de independência funcional, as quais expressam a **liberdade do Parquet no exercício de seu mister constitucional, como instituição livre de intervenções e ingerências indevidas por parte do Judiciário, do Legislativo e do Executivo, subordinada apenas aos ditames da lei e da Carta Maior.**”

Tanto é assim que, tal como previsto no art. 41 da LOMAN, o art. 41, inc. V, da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei nº 8.625/93) estabeleceu como **prerrogativa dos membros do Ministério Público, no exercício de sua função, “gozar de inviolabilidade pelas opiniões que externar ou pelo teor de suas manifestações processuais ou procedimentos, nos limites de sua independência funcional”.**

Vale consignar, ademais, o teor do Enunciado nº 2 do Conselho Nacional de Procuradores-Gerais dos Ministérios Públicos dos Estados e da União (CNPGE) e do Grupo Nacional de Coordenadores de Centro de Apoio Criminal (CNCCRIM), segundo o qual **“a divergência na interpretação de lei ou na avaliação de fatos e de provas, salvo quando teratológica, não configura abuso de autoridade, ficando excluído o**

**dolo.”** (Disponível em:  
[https://www.cnpq.org.br/images/arquivos/documentos\\_publicos/Enunciados/2019/Enunciados-GNCCCRIM-Lei-de-Abuso-de-Autoridade.pdf](https://www.cnpq.org.br/images/arquivos/documentos_publicos/Enunciados/2019/Enunciados-GNCCCRIM-Lei-de-Abuso-de-Autoridade.pdf). Acesso em: 21/2/22)

Nesse plano de ideias, **é premente a necessidade de preservar a intangibilidade da autonomia e independência dos membros do Poder Judiciário e do Ministério Público no exercício de suas funções.**

Como reforço dessa compreensão, não passa despercebido o parágrafo único do art. 33 da LOMAN, segundo o qual, no curso de uma investigação, o surgimento de indício da prática de crime por parte do magistrado conduzirá à *persecutio criminis* pelo tribunal de justiça competente, que passará a ser o titular da investigação. *In verbis*:

“Art. 33 - São prerrogativas do magistrado: (...) Parágrafo único - Quando, no curso de investigação, houver indício da prática de crime por parte do magistrado, a autoridade policial, civil ou militar, remeterá os respectivos autos ao Tribunal ou órgão especial competente para o julgamento, a fim de que prossiga na investigação”

Como explicitam **Débora Chagas Meirelles e Pedro Roney Dias Ribeiro**, “por determinação legal, as investigações que envolvam magistrados, classe que detém foro por prerrogativa de função, são igualmente conduzidas por magistrados, caracterizando uma espécie da investigação preliminar judicial” (Investigação criminal preliminar: Estado atual e tendências. Mucuripe: Fortaleza. p. 19).

A ideia dessa prerrogativa de foro de investigação de magistrados não objetiva favorecer aqueles que exercem a magistratura, estando diretamente associada à de preservar a **independência do exercício de suas funções, além de evitar manipulações políticas de investigações e a subversão da hierarquia.**

É bom lembrar que essa prerrogativa não é exclusiva da magistratura. **Idêntica previsão, com o mesmo mote, também se observa na Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei nº 8.625/93):**

“Art. 41. Constituem prerrogativas dos membros do Ministério Público, no exercício de sua função, além de outras previstas na Lei Orgânica: (...)

Parágrafo único. Quando no curso de investigação, houver indício da prática de infração penal por parte de membro do Ministério Público, a autoridade policial, civil ou militar remeterá, imediatamente, sob pena de responsabilidade, os respectivos autos ao Procurador-Geral de Justiça, a quem competirá dar prosseguimento à apuração.”

Vale consignar, ainda que o § 2º do art. 1º da Lei 13.869/2019, que dispõe 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”.

**Logo, é imperativo que se afaste qualquer interpretação do art. 319 do CP que venha a enquadrar as posições jurídicas dos membros do Poder Judiciário e do Ministério Público - ainda que “defendam orientação minoritária, em discordância com outros membros ou atores sociais e políticos” - em mera “satisfação de interesse ou sentimento pessoal”.**

Entretanto, isso não quer dizer que não poderá haver responsabilização penal de magistrados e de membros do Ministério Público em face de sua atuação **ao agir com dolo ou fraude sobre os limites éticos e jurídicos de suas funções, ocasionando injustos gravames a terceiros e obtendo vantagem indevida para si ou para outrem.**

Com efeito, como lembrou o Procurador-Geral da República,

**“o cerne da discussão que a requerente suscita não diz com o afastamento, a priori, da possibilidade de responsabilização criminal de magistrados e membros do Ministério Público pela prática da conduta típica descrita como prevaricação.**

Cuida-se, antes, de explicitar uma distinção relevante na

## ADPF 881 MC / DF

subsunção de certas práticas jurídicas à figura típica da norma penal, com o fim de obstar a utilização do art. 319 do Código Penal **como instrumento de criminalização da atividade hermenêutica, inerente e imprescindível à atividade finalística de magistrados e membros do Ministério Público.**"  
(grifos nossos)

Nesse contexto, fica claro que a interpretação jurídica atacada viola frontalmente os preceitos da Constituição Federal que propugnam a independência funcional do Poder Judiciário e do Ministério Público e a autonomia funcional dos membros dessas instituições, em franca violação, também, ao Estado Democrático de Direito.

Portanto, reconheço que há plausibilidade jurídica no tocante à necessidade de se 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, pela **não-recepção parcial, sem redução de texto, do artigo 319 do Código Penal.**

Também está presente o *periculum in mora*, visto que, conforme bem evidenciou a associação autora na petição inicial, enquanto não for obstada a interpretação impugnada, membros do Poder Judiciário e do Ministério Público estarão suscetíveis de serem responsabilizados por crime de prevaricação em decorrência do mero exercício regular de suas atividades-fins, o que coloca em risco a própria independência funcional dessas instituições e o regular funcionamento do Estado Democrático de Direito.

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

## ADPF 881 MC / DF

‘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”.

Publique-se.

Brasília, 22 de fevereiro de 2022.

Ministro **DIAS TOFFOLI**

Relator

*Documento assinado digitalmente*