

INDEPENDÊNCIA FUNCIONAL *VERSUS* PREVARICAÇÃO: UMA CORRETA EQUAÇÃO PARA A SALVAGUARDA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO



Elke Andrade Soares de Moura

Procuradora-geral do Ministério Público de Contas do Estado de Minas Gerais.
Doutora e Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG).
Pós-graduada em Controle Externo pela PUC Minas.

É da Constituição da República de 1988 (CR/88), nossa Lei maior, que devemos partir para enfrentarmos a reflexão sobre a exata medida do dever de agir diante de situações concretas, confiado constitucionalmente aos membros do Ministério Público, à luz da independência funcional, para o adequado desempenho de suas atribuições no Estado Democrático de Direito. Consoante estatuído em seu art. 127, *in verbis*:

Art. 127. O Ministério Público é 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.

§ 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, (...).

Indubitavelmente, nos novos contornos trazidos pela nossa “Constituição Cidadã”, o Ministério Público foi alçado a instituição de primeira grandeza na estrutura orgânica do Estado, como defensor qualificado do regime democrático, cabendo-lhe a tutela do ordenamento jurídico e a salvaguarda de direitos fundamentais dos cidadãos, não apenas na seara criminal, mas, agora, abrangendo toda a plêiade de direitos sociais e individuais indisponíveis. A partir da CR/88, o Ministério Público emerge, assim, como um órgão com destacado poder transformador da realidade social, com potencial para intervir nas mais diversas esferas, compreendendo, entre tantas outras, a proteção de segmentos vulneráveis da sociedade e a vigilância da escorreta condução da atividade administrativo-financeira do Estado. Com esse amplo leque de funções que passou a absorver, o Ministério Público foi elevado à posição de garante da efetivação do núcleo central de direitos dos cidadãos consagrados constitucionalmente e do regime democrático.

Não é por outra razão que o Ministério Público brasileiro precisou especializar-se, desmembrando-se, apesar da unidade institucional, em diversos ramos específicos para uma atuação mais eficiente e consentânea com suas diferentes atribuições. Precisamente daí decorre a gênese do Ministério Público de Contas, ramo especializado do Ministério Público que, mesmo sem figurar expressamente no rol trazido pelo art. 128 da CR/88, recebeu tratamento próprio no art. 130 da nossa Carta Magna, em virtude de sua atuação vinculada à esfera extrajudicial, perante as cortes de contas.



Pois bem! Para desincumbir-se de missão tão alargada e relevante, foram-lhe asseguradas garantias, tanto de cunho institucional quanto para o desempenho da atividade funcional dos seus membros, livre de ingerências externas indevidas, merecendo destaque a independência funcional. E, nesse aspecto, vale salientar, mesmo o Ministério Público de Contas tendo recebido tratamento apartado pelo constituinte, aos seus membros foram reservados os mesmos direitos, vedações e forma de investidura (art. 130 da CR/88). Começemos, pois, por compreender o alcance da expressão “independência funcional”, ponto fulcral da reflexão proposta.

Apesar de definições próprias utilizadas pelos mais abalizados doutrinadores, não há divergência conceitual quanto ao significado dessa expressão. Por independência funcional deve-se entender liberdade de convencimento, nos limites da lei, isto é, aos membros do Ministério Público é assegurada a livre formação de entendimento diante de situações fáticas, devendo conduzir o seu proceder e tomar decisões pautados apenas pelas balizas da lei e da Constituição. Pelo princípio da independência funcional, o membro do *Parquet* não se vincula a pronunciamentos processuais antecedentes, nem se subordina hierarquicamente a qualquer comando, quando no exercício da sua atividade finalística. Assim, apenas a lei condiciona o seu agir, impondo-lhe o dever e o modo de atuar.

Apesar de livre para aferição das hipóteses em que a lei lhe imponha agir, uma vez identificando-as por estarem presentes as circunstâncias previstas para determinada ação, recurso, instauração de procedimento apuratório, realização de diligências, produção de provas, entre outras, não é dado ao membro do Ministério Público escolher entre fazer ou omitir-se. De outra forma, o livre convencimento se transformaria em arbítrio. Independência funcional, frise-se, é a liberdade de tomar decisões, de acordo com seu convencimento motivado, nos exatos limites da lei.

E para a apuração do adequado cumprimento de deveres funcionais e respectiva responsabilização dos membros do Ministério Público pelo exercício irregular de suas funções, o constituinte, por meio da EC nº 45/2004, instituiu órgão colegiado de controle externo: o Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), a quem compete, na dicção do § 2º do art. 130-A, “o controle da atuação administrativa e financeira do Ministério Público e do cumprimento dos deveres funcionais de seus membros”.

Como se sabe, a ação de controle, em qualquer vertente, sempre causa incômodos àqueles que a ela se sujeitam e são eventualmente responsabilizados. À medida que se começou a perceber um Ministério Público mais forte e atuante, descortinou-se um cenário de inúmeras tentativas de mitigação das suas ações. Preocupada com os constantes ataques sofridos pelos membros do *Parquet* em sua atuação funcional, a Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (Conamp), entre outras medidas para tentar conter as investidas contrárias à regular atuação institucional, interpôs, perante o Supremo Tribunal Federal (STF), arguição de descumprimento de preceito fundamental, com pedido de medida cautelar (ADPF 881 MC/DF), contra o art. 319 do Código Penal, no intuito de afastar a incidência do crime de prevaricação à atividade de livre convencimento motivado dos membros do Ministério Público e do Poder Judiciário.

Eis o teor do art. 319 do 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.

O fundamento central para justificar o remédio judicial buscado pela Conamp cinge-se, precisamente, na independência funcional assegurada constitucionalmente aos membros do Ministério Público, no exercício de suas atividades finalísticas, pressuposto lógico para se garantir o cumprimento de sua missão, mormente na defesa de direitos fundamentais e da democracia. Nesse sentido, requereu, quanto ao mérito da ação proposta:

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. (...)

Intencionou a Conamp afastar do campo de incidência da norma prevista no art. 319 do Código Penal a possibilidade de se exercer controle finalístico sobre a atuação funcional de membros do Ministério Público, no que concerne à sua atividade hermenêutica voltada à salvaguarda do ordenamento jurídico, do regime democrático e do núcleo essencial de direitos dos cidadãos, impedindo a criminalização e consequente cerceamento da atividade-fim do Ministério Público.

Entendendo ser a atividade hermenêutica “inerente e imprescindível à atividade finalística de magistrados e membros do Ministério Público”, o ministro Dias Toffoli, relator da ADPF 881 MC/DF, concedeu a medida pleiteada pela Conamp, determinando, *ad referendum* do Tribunal Pleno, em decisão exarada em 22 de fevereiro de 2022, 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.

Segundo Toffoli,

ficou evidenciado 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.

De fato, inadmissível sejam permitidas intervenções no campo do livre convencimento do membro do *Parquet*, ou da independência funcional, a qual possui envergadura constitucional e constitui prerrogativa indeclinável sem a qual não seria possível assegurar a tomada de decisões pelos seus membros sem pressão ou ingerência de qualquer natureza, inviabilizando o cumprimento do seu importante mister de salvaguardar o próprio Estado Democrático de Direito.

Voltadas a reforçar essa garantia do livre convencimento no exercício de suas competências institucionais, para uma atuação desembaraçada e indene de influências políticas ou de qualquer natureza, algumas normas consignaram dispositivos reafirmando esse propósito constituinte. Nesse sentido, merece destaque o inciso V do art. 41 da Lei nº 8.625/1993 – Lei Orgânica Nacional do Ministério Público –, que 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 citar, também, o § 2º do art. 1º da Lei 13.869/2019, que, ao dispor sobre os crimes de abuso de autoridade, consignou que “a divergência na interpretação de lei ou na avaliação de fatos e provas não configura abuso de autoridade”, vedando, assim, o que se convencionou chamar “crime de hermenêutica”.



Não se pode olvidar, de outro lado, que, também sob a bandeira da necessidade, sempre premente, de se garantir a efetividade de todo o conjunto principiológico que sustenta o Estado Democrático de Direito, a tão valorosa independência funcional dos membros do Ministério Público possa ser entendida de forma tão ampla a ponto de permitir que se subverta o aspecto teleológico que justifica a sua existência. Em outras palavras, como qualquer direito, poder ou prerrogativa, também a independência funcional, ou liberdade de convencimento dos membros do *Parquet*, possui seus limites, cujos contornos estão assentados na lei e na Constituição, bem como marcados pela imprescindibilidade de se realizar uma leitura sistêmica de todo o ordenamento jurídico a que se acha vinculado o aplicador do Direito para a adequada tomada de decisões.

Nesse sentido, apesar de não se poder responsabilizar o membro do *Parquet* pelo convencimento que firmar no curso da sua indispensável atividade hermenêutica que empreende cotidianamente no exercício de suas atribuições ministeriais, não se poderá afastar a possibilidade de os órgãos competentes, seja as respectivas corregedorias seja o Conselho Nacional do Ministério Público, apurarem eventual infração funcional, quando presentes circunstâncias fáticas que evidenciem que houve omissão injustificada quanto ao dever de agir, negligência ou dolo, tendo em vista interpretação teratológica patente, ou à vista de conduta que ultrapasse os limites éticos ou jurídicos de suas atribuições.

A independência funcional, desse modo, não pode ser trasmudada de garantia em blindagem absoluta, a ponto de negar o fundamento para sua gênese e converter-se em insegurança jurídica. Entendida como intangível e ilimitada, importaria em grave atentado contra o regime democrático. Nenhum poder, no paradigma do Estado Democrático de Direito, pode ser considerado ilimitado, pois que, se assim fosse, se converteria em arbítrio e estaríamos diante de uma ditadura.

Nessa senda, é da adequada equação entre a livre formação do convencimento motivado, no exercício de suas atribuições finalísticas, e os limites da lei, extraída no bojo de um processo interpretativo-dialógico, que se poderá salvaguardar o Estado Democrático de Direito, tanto no que concerne à proteção de direitos fundamentais dos cidadãos quanto no que tange à legalidade e à legitimidade dos processos em meio aos quais se opera a aplicação do Direito.

Nenhum direito ou garantia pode ser considerado de forma absoluta, sem que se verifique a medida em que possa repercutir na esfera de direitos de outrem. A correta compreensão do Direito e dos propósitos que o justificam – produzir justiça e garantir segurança jurídica –, mormente em regimes democráticos de governo, precisa envolver sempre a análise de um código binário: jurídico/antijurídico; legítimo/ilegítimo; proba/ímprobo...

Somente as circunstâncias fáticas presentes em cada caso concreto, as quais, assim como as normas, demandam o esforço interpretativo do aplicador do Direito, serão capazes de evidenciar se a conduta adequada foi observada. E essa constatação não é feita unilateralmente, mas viabilizada em meio ao processo discursivo democrático, em que é dado a todos os afetados e a todos os envolvidos em razão de suas competências legais apresentar os seus argumentos. Apenas a força do melhor argumento, à luz da interpretação sistêmica de normas e fatos, será capaz de convencer racionalmente e conduzir à adequada aplicação do Direito.

Nesse sentido, ainda que se apresente como postulado da mais alta relevância, tanto que previsto em nossa Lei maior, o princípio da independência funcional precisa retirar a sua validade de uma aplicação consentânea com a Constituição, extraída da articulação sistêmica de todo o arcabouço normativo, compreendido enquanto conjunto de regras e princípios, que dão suporte ao regime democrático, para que possa ser considerado legítimo.

Somente o convencimento motivado, demonstrado no corpo das decisões tomadas pelos membros do Ministério Público, poderá expressar a correção da medida adotada, ainda que pautada em entendimento minoritário ou, até mesmo, que contrarie posições precedentes de outros membros do próprio *Parquet*.

Desde que presentes as razões de decidir, e que essas não sejam fruto de interpretação teratológica, não poderá haver responsabilização pela omissão ou ação adotada.

A divergência de posições, ideias e opiniões, de qualquer natureza, faz parte da pluralidade ínsita e necessária aos regimes democráticos. Uma sociedade que se diz democrática deve se pautar, acima de tudo, não no consenso retratado em regras de maioria, mas, essencialmente, no consenso como possibilidade de dissenso.

A atuação do intérprete do Direito é moldada pelo seu próprio olhar, considerando o contexto em que está inserido, o momento histórico vivenciado, suas crenças e valores pessoais. O estabelecimento de determinada leitura, sob uma perspectiva parcial, como correta e excludente, enfraquece a democracia, que exige o reconhecimento de iguais oportunidades de manifestação e consideração. Não se pode, considerando a tessitura aberta de textos normativos, sempre carentes de densificação pelo esforço hermenêutico do intérprete, pretender só exista uma única leitura possível, notadamente, diante da necessidade de que toda interpretação seja feita de forma sistêmica, aí compreendidos fatos e normas.

Entretanto, sempre haverá uma permanente tensão entre o exercício legítimo das atribuições do membro do *Parquet* e a possível violação de direitos, seja de toda a coletividade a quem representa seja das partes afetadas pelas decisões que forem adotadas. Somente o convencimento motivado, pautado na lei e na Constituição, frise-se, estará indene de censura e responsabilização.

No Estado Democrático de Direito, em que se mostra imprescindível a instituição de instâncias representativas da sociedade para a tomada de decisões, sem que se desconsidere a relevância de serem disponibilizados instrumentos que viabilizem a participação direta dos cidadãos, essas instituições precisam estar dotadas de garantias para que tenham condições de cumprir o seu desiderato. Aos membros do Ministério Público, assim, que passaram a se incumbir, com a CR/88, de um extenso rol de atribuições, envolvendo vasta abrangência temática, para assegurar a efetividade de direitos fundamentais dos cidadãos e do regime democrático, imprescindível sejam conferidas garantias e prerrogativas para o cumprimento desembaraçado de suas competências (entendidas como poderes-deveres).

A todos nós, membros do Ministério Público, fica, então, o apelo de que precisamos nos conscientizar de que vivemos tempos de absoluta instabilidade, fruto das inquietações por que passam as complexas sociedades modernas, permeadas pelo medo, pela dificuldade de toda ordem, pelos riscos e desejos, mas que, precisamente, para tentar minimizar o déficit de legitimidade do Estado e assegurar a concretização de direitos formalmente previstos como fundamentais pela nossa Constituição, devemos nos empenhar ao máximo para romper com os (pré)conceitos de verdades absolutas e empreender os maiores esforços para bem desempenhar a missão que nos foi constitucionalmente confiada e que juramos fielmente cumprir.

