



Poder Judiciário
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5007746-46.2017.4.03.6100

RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. DIVA MALERBI

APELANTE: SIND DAS EMPRESAS DE RADIO E TELEVISAO NO EST SAO PAULO

Advogados do(a) APELANTE: ANDRE RODRIGUES CYRINO - RJ1231110A, ALICE BERNARDO VORONOFF DE MEDEIROS - RJ139858-A, RAFAEL LORENZO FERNANDEZ KOATZ - RJ122128-A, GUSTAVO BINENBOJM - RJ83152-A

APELADO: UNIAO FEDERAL

OUTROS PARTICIPANTES:



Poder Judiciário
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5007746-46.2017.4.03.6100

RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. DIVA MALERBI

APELANTE: SIND DAS EMPRESAS DE RADIO E TELEVISAO NO EST SAO PAULO

Advogados do(a) APELANTE: ANDRE RODRIGUES CYRINO - RJ1231110A, ALICE BERNARDO VORONOFF DE MEDEIROS - RJ139858-A, RAFAEL LORENZO FERNANDEZ KOATZ - RJ122128-A, GUSTAVO BINENBOJM - RJ83152-A

APELADO: UNIAO FEDERAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL DIVA MALERBI (RELATORA): Trata-se de agravo interno apresentado por SINDICATO DAS EMPRESAS DE RÁDIO E TELEVISÃO NO ESTADO DE SÃO PAULO - SERTESP, com fulcro no art. 1.021 do Código de Processo Civil, contra a decisão monocrática amparada no art. 932 do CPC e na Súmula 568/STJ, pela qual desprovida a apelação interposta neste Mandado de Segurança Coletivo.

Na origem, cuida-se de Mandado de Segurança Coletivo impetrado pelo SERTESP, com pedido liminar, objetivando o arquivamento do Inquérito Civil Público 1.34.001.006420/2016-21, a anulação dos atos praticados em seu bojo, bem como a destruição de eventuais informações sigilosas que tenham sido prestadas pelos veículos de comunicação, pelas agências de publicidade ou por qualquer outra pessoa, relativa aos planos de incentivo praticados por emissoras de televisão associadas à impetrante. Subsidiariamente, requereu-se seja determinado à autoridade coatora que se abstenha de (a) exigir das associadas do impetrante as informações requisitadas por meio dos ofícios 4967/2017/PRDC, 4968/2017/PRDC, 4971/2017/PRDC, 4973/2017/PRDC e 4974/2017/PRDC e de lhes aplicar qualquer sanção caso não as forneçam no prazo estabelecido; e de (b) requisitar de quem quer que seja (notadamente das agências de publicidade) informações que digam respeito às suas relações com as associadas do SERTESP, ou, se já as tiver recebido, se abstenha de juntá-las aos autos do ICP em referência, determinando a respectiva inutilização imediata.

A liminar foi parcialmente deferida, determinando-se a suspensão provisória dos efeitos das intimações ora impugnadas, até a manifestação prévia do representante judicial do impetrado nos termos da previsão contida no § 2º do artigo 22 Lei nº 12.016/09 e o recolhimento de custas processuais, por parte do impetrante.

Foram prestadas informações, e o teor da decisão liminar supracitada foi mantida.

A sentença, a seu turno, denegou a segurança e consequentemente revogou a liminar.

Apelou o SERTESP, sustentando, em resumo, o seguinte: a) que o Ministério Público Federal em São Paulo, a partir de representação de entidades de sociedade civil, instaurou o aludido ICP, visando colher elementos e informações com o fim de verificar efeitos da remuneração de agências publicitárias por meio de Planos de Incentivo, conhecidos como Bônus de Volume, relacionados à concentração dos meios de comunicação; b) que, nesse contexto, o MPF encaminhou ofícios às cinco maiores emissoras de televisão aberta de São Paulo, requisitando (b1) informações acerca dos valores pagos a cada uma delas, a título de Plano de Incentivo ou Bônus de Volume ou verba similar, às agências de propaganda, nos últimos cinco anos, bem como (b2) quais os critérios exigidos das citadas agências para lhes oferecer o pagamento antecipado de tais verbas; c) ser patente a ausência de justa causa para atuação do *Parquet*, por inexistência de interesse difuso ou coletivo nessa matéria; d) inexistir justa causa para a instauração do ICP, uma vez que o pagamento de Bônus de Volume é devidamente autorizado por lei; e) serem as informações requisitadas protegidas pelo sigilo comercial, motivo pelo qual somente poderiam ser fornecidas por ordem judicial; f) ser necessário, assim, o provimento do recurso, para que concedida a segurança nos termos em que requerida na exordial.

A E. Relatora, antecessora nesta E. Sexta Turma, deferiu parcialmente o pedido de efeito suspensivo ao presente recurso, no bojo do Pedido de Efeito Suspensivo à Apelação 5014688-27.2018.4.03.0000, determinando que a autoridade impetrada se abstenha de requisitar informações das emissoras representadas pelo SERTESP, até o julgamento desta apelação.

O Ministério Público Federal com atribuição nesta instância manifestou-se pelo desprovimento do recurso.

A decisão ora agravada, como adiantado, negou provimento à apelação.

Nas razões de agravo interno, sustenta a recorrente, preliminarmente, a inaplicabilidade do julgamento monocrático previsto no art. 932 do CPC. Quanto ao mérito, argumenta, em suma, que jamais contestou a legitimidade do MP para instauração de ICP, tendo referido, isso sim, que a atribuição de competência investigativa ao *Parquet* não o exime de agir segundo determinados parâmetros e que, a despeito da regra geral que confere ao MP a prerrogativa de exigir informações aos investigados, os documentos específicos requisitados por meio dos ofícios em questão são sigilosos e sensíveis, na medida em que expõem o plano de negócios em que se baseia a atividade econômica das emissoras, plano de negócios esse com previsão expressa

na Lei 12.232/2010 e atos regulatórios do setor, o que corrobora que a requisição de tais documentos merece um tratamento diferenciado (submetendo-se, portanto, à reserva de jurisdição). Alega, ainda, ausência de interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos passíveis de tutela pelo Ministério Público; ausência de justa causa para a tramitação do ICP e incidência de direito a não produzir prova contra si mesmo. Requereu, finalmente, a retratação da decisão unipessoal ou, subsidiariamente, a respectiva submissão ao colegiado, para que totalmente reformada, julgando-se procedentes os pedidos iniciais.

A União Federal e o Ministério Público Federal apresentaram resposta, pugnando pela manutenção do *decisum* recorrido.

É o relatório.



Poder Judiciário
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5007746-46.2017.4.03.6100.

RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. DIVA MALERBI.

APELANTE: SIND DAS EMPRESAS DE RADIO E TELEVISAO NO EST SAO PAULO.

Advogados do(a) APELANTE: ANDRE RODRIGUES CYRINO - RJ1231110A, ALICE BERNARDO VORONOFF DE MEDEIROS. RJ139858-A, RAFAEL LORENZO FERNANDEZ KOATZ - RJ122128-A, GUSTAVO BINENBOJM - RJ83152-A.

APELADO: UNIAO FEDERAL.

:

VOTO-VISTA

O Desembargador Federal Fábio Prieto de Souza:

DIREITO CONSTITUCIONAL – MANDADO DE SEGURANÇA - MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL – ORGANIZAÇÃO E MOVIMENTAÇÃO DA CARREIRA: PROCEDIMENTOS CONSTITUCIONAIS DE PROMOÇÃO E REMOÇÃO, POR CRITÉRIOS INDIVIDUAIS, DE ALTERNÂNCIA DO MERECIMENTO E DA ANTIGUIDADE – GARANTIA DA INAMOVIBILIDADE DAS FUNÇÕES E DO CONTROLE REPUBLICANO DO REGIME DE COOPTAÇÃO DE AGENTES POLÍTICOS - PROCURADOR REGIONAL DOS DIREITOS DO CIDADÃO: INSTAURAÇÃO E DIREÇÃO DE INQUÉRITO CIVIL PÚBLICO, NA QUALIDADE DE ÓRGÃO DE EXECUÇÃO DA INSTITUIÇÃO – INVESTIDURA INCONSTITUCIONAL: PORTARIA DE DESIGNAÇÃO, PARA O EXERCÍCIO PRECÁRIO DA FUNÇÃO, POR DOIS ANOS, EM SISTEMA DE RODÍZIO, MEDIANTE ESCOLHA POR PROCESSO ELETIVO EM ÓRGÃO INEXISTENTE NA ESTRUTURA DO MINISTÉRIO PÚBLICO, SEM QUALQUER CRITÉRIO REPUBLICANO – CARÁTER ILUSÓRIO E ARTIFICIAL DA ELEIÇÃO: SUBMISSÃO DA ESCOLHA À MANIFESTAÇÃO FAVORÁVEL DA PROCURADORIA FEDERAL DOS DIREITOS DO CIDADÃO – PROCEDIMENTOS PREVISTOS EM PORTARIAS DA PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA, EM TEMA RESERVADO, POR LEI COMPLEMENTAR, AO CONSELHO SUPERIOR DA INSTITUIÇÃO – CONCESSÃO DA SEGURANÇA, POR AUSÊNCIA DE CAPACIDADE POSTULATÓRIA.

1. ***É inconstitucional a investidura precária, por mandato, em sistema de rodízio, de integrante do Ministério Público Federal, para o exercício de funções vinculadas a órgão de execução da Instituição.***
2. ***A investidura realizada por eleição, em órgão inexistente na estrutura do Ministério Público Federal, sem qualquer critério republicano, cujo resultado ilusório e artificial fica sujeito ao exame de outro órgão – típica cláusula de subordinação -, através de previsões adotadas em portarias da Procuradoria-Geral da República, configura afronta ao regime constitucional de garantias e prerrogativas do Ministério Público e da Sociedade.***
3. ***A Constituição Federal, fonte do controle republicano do regime de cooptação de agentes políticos, disciplina a organização e a movimentação da carreira, pelos procedimentos de promoção e remoção, com a previsão dos critérios republicanos e individuais do merecimento e da antiguidade.***
4. ***A designação do agente político é ato final, de formalização burocrática, dos procedimentos de promoção e remoção. A sua previsão normativa não legitima a criação de nova sistemática de cooptação dos agentes políticos, tanto mais quando a própria disciplina da matéria cabe ao Conselho Superior do Ministério Público Federal, não à Procuradoria-Geral da República.***
5. ***Posição harmônica com a assumida, perante o Supremo Tribunal Federal, pela Advocacia-Geral da União e pela Procuradoria-Geral da República - seja quando da propositura da ADI 3946, seja quando do oferecimento do parecer: “resposta contundente a qualquer tentativa de mitigação ou supressão das funções constitucionais do Ministério Público, ou a qualquer ato vocacionado a intimidar os seus membros”.***

6. Inobservância dos precedentes do Supremo Tribunal Federal – ADI 452: impossibilidade da exigência da manifestação favorável de terceiros, para a assunção de cargo, na estrutura do Ministério Público; MS 20.555: antes da Constituição Federal de 1.988, possibilidade da adoção de critérios extravagantes, na movimentação da carreira do Ministério Público da União, quando a Instituição não gozava do atual sistema constitucional de garantias e prerrogativas; RE 100.148 e RE 101.241: antes da Constituição Federal de 1.988, preservação do sistema de movimentação da carreira, pelo procedimento da promoção, nos Ministérios Públicos Estaduais, porque, pela Lei Complementar nº 40/81, gozavam de tal garantia.

7. Irrelevância da adesão ou da submissão do agente político a procedimentos extravagantes de investidura, porque “as garantias e prerrogativas dos membros do Ministério Público da União são inerentes ao exercício das funções e irrenunciáveis” (artigo 21, da Lei Complementar nº 75/93).

8. Ausência de capacidade postulatória do subscritor da portaria de instauração do inquérito civil público e de sua posterior direção.

9. Concessão da ordem, para decretar o trancamento do inquérito civil público, desde a sua instauração, e, em consequência, determinar a devolução de todos os documentos.

Trata-se de mandado de segurança.

A impetrante objetiva o trancamento de inquérito civil público instaurado e conduzido pela Procuradoria Regional dos Direitos do Cidadão. Ou, subsidiariamente, pretende seja vetada a requisição e o exame de documentos comerciais.

Na sessão de julgamento, a senhora Relatora, a Desembargadora Federal Diva Malerbi, apresentou voto pela denegação da segurança, no que foi acompanhada pelo Desembargador Federal Johansom di Salvo.

Pedi vista dos autos.

Apresento, à consideração do Colegiado, fundamento de **direito**, matéria de ordem **pública**.

O artigo 10, do CPC: **“O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício”**.

Como é natural, estudiosos respeitáveis apontam as deficiências do sistema de justiça. Ora da lei, ora de sua interpretação. De ambas, vez por outra.

Grave equívoco é o Judiciário decidir com base em **fato aparentemente provado** por uma parte, quando a adversa não tem a oportunidade de ser previamente ouvida. Quebra inequívoca do contraditório.

A parte precisa ter a oportunidade para a negação do que é descrito como fato – no todo em ou parte. E argumentar, se lhe for útil, com a consequência de direito advinda deste aspecto da demanda.

Isso configura o núcleo essencial do contraditório quanto aos chamados “fatos da vida”, na nomenclatura da doutrina.

José Carlos Barbosa Moreira, analisando as disfunções do mecanismo judiciário, no tocante à condução do processo, já apontava, entre outras causas, **“dignas de particular atenção, a omissão de atos ou formalidades essenciais por exemplo, abertura de vista a outra parte, para falar sobre documento de que uma delas requeira a juntada”** (“Sobre a participação do juiz no processo civil”, em “Participação e Processo”, coord. por Grinover, Dinamarco e Watanabe, Editora RT, edição 1988, págs. 383/384).

A Constituição e a lei já censuravam essa falta procedimental grave. **Quanto a este ponto, não inovou o citado artigo 10.**

O desrespeito ao contraditório foi sempre surpresa, quebra inesperada da regra do jogo.

Algo distinto é a aplicação do direito aos fatos da causa. Nunca é surpreendente. Pode ser mal compreendida, pouco estudada, desatenta ou simplesmente desconhecida.

Quando o direito alcançou o patamar da codificação, Bentham celebrou a desgraça dos rúbulas. Acreditava que as profissões legais ficariam só com as “**mentes superiores**”.

Muitos fatores conspiraram contra a projeção romântica. A proletarização da atividade jurídica em muitos lugares. O labirinto da burocracia judiciária de Josef K.

Mas, sobretudo, a concepção moderna do direito, com a ficção da unidade, coerência e completude.

Isso impôs aos profissionais da área a obrigação diabólica: conhecer todas as normas jurídicas, compreender a função e zelar pela aplicação precisa delas.

Nem as “**mentes superiores**” sonhadas por Bentham sustentaram a pretensão de onisciência.

Por esta razão humanamente limitadora – a perfeição não existe nos tribunais; ninguém sabe, de fato, todo o direito -, no processo contemporâneo a boa aplicação do direito não tem hora ou cerimônia.

A presunção é que quem conhece o direito aplicável ao caso concreto deve zelar pela sua incidência o quanto antes.

No caso das questões de ordem pública, isso é ainda mais evidente. O estranhável é que ninguém tenha se dado conta da existência de uma delas, se o processo caminhou além dos passos inaugurais.

Esse é outro ponto crítico de nosso sistema jurídico.

Na mesma obra, acima citada, José Carlos Barbosa Moreira reclama contra **"a sobrevivência de feitos manifestamente inviáveis até etapas avançadas do "iter" processual, em vez do respectivo trancamento no próprio nascedouro (pelo indeferimento da petição inicial) ou em ponto tão próximo daquele quanto possível"** (pág. 383).

Nesta cultura processual – o Ministro Francisco Rezek, no Plenário do Supremo Tribunal Federal, avaliou que o nosso sistema é uma **"caricatura aos olhos do resto do mundo"** (ADI-MC 1105) -, não há razão para dar interpretação de má reputação ao artigo 10, do CPC.

Os tribunais pelo mundo ainda seguem o **"da mihi factum dabo tibi jus"**.

Aplicar o direito ao caso concreto não é surpresa. É, ao contrário, o que se espera, a razão da existência do próprio sistema de justiça.

Não obstante, ouve-se, aqui e ali, algum tipo de populismo judiciário – **a defesa da participação, não no processo, mas, na aplicação do direito;** discurso socorrista para rábulas resistentes – o Brasil estatizou a atividade, com outro nome.

Mas parece que a interpretação universal tem chance de prevalecer.

No Superior Tribunal de Justiça: EDcl no Resp nº 1.280.825/RJ, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, 4ª Turma; STJ, REsp 1755266/SC, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, 4ª Turma.

Aqui no Tribunal Regional Federal: Ação Rescisória nº 5000483-56.2019.4.03.0000, 2ª Seção, Desembargador Federal Johonsom di Salvo: **"Não há decisão 'surpresa' quando o juiz ou o tribunal aplica a lei, que é presumidamente de conhecimento de todos, especialmente dos advogados das partes"**.

Além disso, no caso sob julgamento, de fato não há surpresa.

A falta de **capacidade postulatória** do Procurador da República com **investidura** na Procuradoria Regional dos Direitos do Cidadão – **questão que será repetida aqui** – já foi suscitada em outro processo, levada ao Superior Tribunal de Justiça e ao Supremo Tribunal Federal.

Nem a devoção mais fiel às filigranas vai dizer que o Procurador da República confrontado com tal realidade foi surpreendido pela aplicação do direito, segundo a interpretação de três Tribunais do País.

Se é verdade que ninguém domina todas as leis, espera-se que o Procurador da República, pelo grau do ofício, conheça, ao menos, o **básico direito de investidura** de seu cargo público – e assuma as responsabilidades por isso.

Em **28 de julho de 2.011**, a 4ª Turma deste Tribunal, por **unanimidade**, sob a minha relatoria, decidiu o tema, em v. Acórdão assim sintetizado (**processo nº 0003254-73.2011.4.03.0000**):

DIREITO CONSTITUCIONAL – MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL – ORGANIZAÇÃO E MOVIMENTAÇÃO DA CARREIRA: PROCEDIMENTOS DE PROMOÇÃO E REMOÇÃO, POR CRITÉRIOS INDIVIDUAIS, DE ALTERNÂNCIA DO MERECIMENTO E DA ANTIGUIDADE – GARANTIA DA INAMOVIBILIDADE DAS FUNÇÕES - PROCURADOR REGIONAL DOS DIREITOS DO CIDADÃO: PROPOSITURA DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA, NA QUALIDADE DE ÓRGÃO DE EXECUÇÃO DA INSTITUIÇÃO – INVESTIDURA INCONSTITUCIONAL DO SUBSCRITOR DA PETIÇÃO INICIAL: PORTARIA DE DESIGNAÇÃO, PARA O EXERCÍCIO PRECÁRIO DA FUNÇÃO, POR DOIS ANOS, EM SISTEMA DE RODÍZIO OBRIGATÓRIO, MEDIANTE ESCOLHA POR PROCESSO ELETIVO, EM CHAPA COLETIVA, SEM QUALQUER CRITÉRIO – CARÁTER ILUSÓRIO E ARTIFICIAL DA ELEIÇÃO: SUBMISSÃO EFETIVA DA ESCOLHA À MANIFESTAÇÃO FAVORÁVEL DA PROCURADORIA FEDERAL DOS DIREITOS DO CIDADÃO – PROCEDIMENTOS PREVISTOS EM PORTARIAS DA PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA, EM TEMA RESERVADO AO CONSELHO SUPERIOR DA INSTITUIÇÃO – EXTINÇÃO SUMÁRIA DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA, NO TRIBUNAL, POR AUSÊNCIA DE CAPACIDADE POSTULATÓRIA, NO ÂMBITO DE APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO TRANSLATIVO DO RECURSO.

1. É inconstitucional a investidura precária, por mandato, em sistema de necessário rodízio, de Membro do Ministério Público Federal, para o exercício de funções vinculadas a órgão de execução da Instituição.

2. A investidura realizada por eleição, em chapa coletiva, sem qualquer critério, cujo resultado ilusório e artificial fica sujeito, na realidade dos fatos, à manifestação favorável de outro órgão – típica cláusula de subordinação -, através de previsões adotadas em

portarias da Procuradoria-Geral da República, configura afronta ao regime constitucional de garantias e prerrogativas do Ministério Público e da Sociedade.

3. A Constituição Federal disciplina a organização e a movimentação da carreira, pelos procedimentos de promoção e remoção, com a previsão dos critérios individuais do merecimento e da antiguidade.

4. A designação do agente político é ato final, de formalização burocrática, dos procedimentos de promoção e remoção. A sua previsão normativa não legitima a criação de nova sistemática de cooptação dos agentes políticos, tanto mais quando a própria disciplina da matéria cabe ao Conselho Superior do Ministério Público Federal, não à Procuradoria-Geral da República.

5. Posição harmônica com a assumida, perante o Supremo Tribunal Federal, pela Advocacia-Geral da União e pela Procuradoria-Geral da República - seja quando da propositura da ADI 3946, seja quando do oferecimento do parecer: “resposta contundente a qualquer tentativa de mitigação ou supressão das funções constitucionais do Ministério Público, ou a qualquer ato vocacionado a intimidar os seus membros”.

6. Inobservância dos precedentes do Supremo Tribunal Federal – ADI 452: impossibilidade da exigência da manifestação favorável de terceiros, para a assunção de cargo, na estrutura do Ministério Público; MS 20.555: antes da Constituição Federal de 1.988, possibilidade da adoção de critérios extravagantes, na movimentação da carreira do Ministério Público da União, quando a Instituição não gozava do atual sistema constitucional de garantias e prerrogativas; RE 100.148 e RE 101.241: antes da Constituição Federal de 1.988, preservação do sistema de movimentação da carreira, pelo procedimento da promoção, nos Ministérios Públicos Estaduais, porque, pela Lei Complementar nº 40/81, gozavam de tal garantia.

7. Irrelevância da adesão do agente político a procedimentos extravagantes de investidura, porque “as garantias e prerrogativas dos membros do Ministério Público da União são inerentes ao exercício das funções e irrenunciáveis” (artigo 21, da Lei Complementar nº 75/93).

8. Ausência de capacidade postulatória do subscritor da petição inicial da ação civil pública.

9. Vício reconhecido diretamente no Tribunal, no âmbito da aplicação do princípio translativo.

10. Extinção sumária da ação, sem embargo de novo exame da questão por órgão de execução legitimado pela Constituição Federal e pela Lei Complementar nº 75/93, prejudicado o agravo de instrumento interposto pela Procuradoria Regional dos Direitos do Cidadão.

O v. Acórdão **transitou em julgado**, depois de ser mantido no **Superior Tribunal de Justiça** e no **Supremo Tribunal Federal**, por decisões monocráticas dos Ministros Hermann Benjamin e Celso de Mello, **sem** recurso da Procuradoria-Geral da República.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, **antes ou depois da Constituição de 1.988**, sempre zelou pela observância dos critérios da antiguidade ou do merecimento, para a promoção ou a remoção de juízes e integrantes do Ministério Público.

Os magistrados desta Corte Federal – a Magistratura em geral – conhecem a Constituição. São promovidos por antiguidade ou merecimento, nomeados pela Presidência da República. Participam de remoções pelos mesmos critérios. Tudo sob a luz do Sol republicano das sessões públicas.

A Sociedade não deseja magistrados – nem integrantes do Ministério Público - dependentes de grêmios privados, nem de práticas casuísticas fora da lei.

É imaginar algum integrante deste Tribunal selecionado por “eleição” realizada por intermédio de órgão judiciário inexistente, sem qualquer critério republicano, como são os de antiguidade e merecimento – a tanto não equivale o secular acerto corporativo, escondido no segredo de urnas.

E, ainda, com a escolha sob censura de órgão judiciário aleatório; tudo para exercício de mandato, não para a jurisdição inamovível e independente, como a Constituição exige de juízes e integrantes do Ministério Público.

Ocorre que o Procurador da República oficiante na Procuradoria Regional dos Direitos do Cidadão foi **investido** através de “**eleição**” realizada por **órgão público inexistente, sem qualquer critério republicano**, para o exercício **temporário** das funções, em regime de **mandato**, constrangido pela **imperatoria approbatione** de outro órgão da instituição.

Violações desta ordem, na Magistratura e no Ministério Público, quase sempre estiveram relacionadas a **atos isolados em disputas paroquiais**, mas, desta feita, o aviltamento institucional virou **procedimento e feriu os mais altos princípios republicanos, democráticos e de cidadania**.

A regulamentação do procedimento ilícito foi consequência da **degradação de duas instituições fundamentais ao País**, a Presidência da República e a Procuradoria-Geral da República.

Na regra da **democracia representativa**, o **povo**, através de seu mais simbólico e alto mandatário – o Presidente da República -, tem o direito de escolha do Procurador-Geral da República, sob as condições **estritas** do artigo 128, § 1º, da Constituição:

“O Ministério Público da União tem por chefe o Procurador-Geral da República, nomeado pelo Presidente da República dentre integrantes da carreira, maiores de trinta e cinco anos, após a aprovação de seu nome pela maioria absoluta dos membros do Senado Federal, para mandato de dois anos, permitida a recondução”.

Ainda segundo o mesmo artigo (inciso I) da Constituição, o Ministério Público da União **“compreende: a) o Ministério Público Federal; b) o Ministério Público do Trabalho; c) o Ministério Público Militar; d) o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios”**.

Não obstante a clareza da Constituição, entidade **privada**, a Associação Nacional dos Procuradores da República, decretou **eleição censitária - só entre os seus mensalistas** - ao cargo **público** de Procurador-Geral da **República**, sem a exigência de qualquer critério relacionado à proteção da **res publica**.

Os mais votados comporiam lista tríplice.

Mas a própria lista tríplice parecia reminiscência piorada da República Velha, quando o povo podia votar, mas não podia escolher.

Agora, o povo e o seu representante eleito não podiam votar, nem escolher. Nem os demais integrantes da carreira do Ministério Público da União. Como outrora, havia obstáculo censitário: não eram mensalistas da associação privada.

Contra os seculares mecanismos de falseamento do voto popular, é oportuno lembrar que **“partes interessadas”**, na gestão do Ministério **Público**, não são só os sócios de associação **privada** – **a alta respeitabilidade do quadro associativo não altera o regime constitucional de cooptação governamental**.

É o que enfatiza o **“Referencial Básico de Governança – Aplicável a Órgãos e Entidades da Administração Pública”**, do Tribunal de Contas da União (internet, 2ª versão, 2.014), quando define quais são as “partes interessadas” no serviço público:

“Partes interessadas (stakeholders): são pessoas, grupos ou instituições com interesse em bens, serviços ou benefícios públicos, podendo ser afetados positiva ou negativamente, ou mesmo envolvidos no processo de prestação de serviços públicos. Em resumo, são aqueles cuja atuação e opinião deve ser levada em conta na formulação de estratégias, na accountability e na transparência. No setor público, abrangem: agentes políticos, servidores públicos, usuários de serviços, fornecedores, mídia e cidadãos em geral, cada qual com interesse legítimo na organização pública, mas não necessariamente com direitos de propriedade” (o destaque não é original).

O expediente privatizante teve êxito de momento, mas, em 2 de fevereiro de 2.020, o Presidente Lula reconheceu o equívoco e a sua causa:

“ConJur — A lista tríplice da PGR ajuda o presidente na hora de escolher um nome?

Lula — Eu tinha um problema, que era um viés da minha origem sindical. Eu achava que o indicado tinha que ser o primeiro. Obviamente que isso também não prova competência. Prova que o cara teve mais força dentro da categoria, ou seja, da corporação. E tem um pequeno equívoco: você tem três candidatos, um teve 350 votos, o outro, 400 e o outro, 450. Se somar os dois que perderam dá quase o dobro dos votos do cara que ganhou. Então não é tão absurdo não escolher o primeiro da lista. É preciso estabelecer outros critérios para aferir como a pessoa se comporta na sociedade, quais são os valores da pessoa, os valores jurídicos, que visão a pessoa tem dos problemas sociais do Brasil. Senão, você não tem chance de acertar” (Revista Eletrônica ConJur).

Em data recente, a Procuradoria-Geral da República foi reposta no seu lugar cívico-constitucional, **sob o escrutínio exclusivo do povo brasileiro.**

Como deve ser, segundo a Constituição, seja quem for o vencedor nas urnas para a Presidência da República.

Vencida a etapa, com as suas lições – **e a indesejável consequência direta no caso sob exame** -, agora cumpre continuar a seguir a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, para **também libertar** a Procuradoria Regional dos Direitos do Cidadão das condições ilícitas que lhe foram impostas.

Na transcrição da fundamentação do precedente citado no início deste voto - a seguir, entre marcadores (*) -, serão lembrados autores de prestígio, **preocupados com o nazismo, o fascismo, a demagogia e outros males corrosivos das boas escolhas governamentais.**

Barbosa Lima Sobrinho adverte sobre o vício insistente do Coronelismo, com os seus muitos figurinos: **“Que importa que o “coronel” tenha passado a doutor? (...) O desamparo em que vive o cidadão, privado de todos os direitos e de todas as garantias, concorre para a continuação do “coronel”, arvorado em protetor ou defensor natural de um homem sem direitos”** (prefácio, “Coronelismo, Enxada e Voto”, “O Município e o regime representativo no Brasil”, Victor Nunes Leal, pág. 41, editora Companhia das Letras, 7ª edição).

O lendário juiz italiano Giovanni Falcone acrescenta, a todos estes perigos, o que pode ser caracterizado como o mal universal do **“imbecilismo”**, o credo da Legião, depois do milagre.

A síntese magistral do Herói da Pátria Italiana, a partir do diálogo entre magistrado inexperiente e **capo** mafioso:

“Um dos meus colegas de Roma, por sua vez, foi num dia de 1990 encontrar o famoso Frank Coppola, que acaba de chegar, e o provoca: “Signor Coppola, o que é a máfia?” O velho Coppola, que tinha grande experiência, refletiu um momento e disse-lhe: “Senhor juiz, há três magistrados que querem, atualmente, vir a ser procurador da República. Um é muito inteligente, o segundo muito apoiado pelos partidos do governo, e o terceiro é um imbecil. Qual será escolhido? O imbecil. A máfia é isso...” (“Cosa Nostra” – “O Juiz e os “Homens de Honra”, Giovanni Falcone e M. Padovani, pág. 42, editora Bertrand Brasil, 1.993).

* * * * *

* * * * *

Por estes fundamentos, (...) é necessário considerar **questão de ordem pública** relacionada a **pressuposto de existência da própria demanda, cognoscível de ofício** e, por isto, **prontamente** submetida ao Colegiado.

Trata-se da **ausência de capacidade postulatória** do órgão de execução subscritor da petição inicial da ação civil pública.

A **investidura** do Procurador da República oficiante na Procuradoria Regional dos Direitos do Cidadão ocorreu de **modo precário**, para o **exercício "pro tempore" das funções**.

A Portaria nº 145, da Procuradoria-Geral da República, de 30 de março de 2009:

PORTARIA N 145, DE 30 DE MARÇO DE 2009

O PROCURADOR-GERAL DA REPUBLICA, no uso de suas atribuições, tendo em vista os termos da Portaria PGR nº 588, de 3 de setembro de 2003, publicada no D.O.U., Seção I, de 5 de setembro de 2003, e o contido no Ofício GABPR2-APPAF/SP38/2009, de 12 de março de 2009, da Procuradoria da República no Estado de São Paulo, acompanhada da manifestação favorável da Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão, resolve:

Art. 1º Designar os Procuradores da República JEFFERSON APARECIDO DIAS e PEDRO ANTONIO DE OLIVEIRA MACHADO para exercerem, por 2 (dois) anos, respectivamente, as funções de Procurador Regional dos Direitos do Cidadão e Procurador Regional dos Direitos do Cidadão Substituto no Estado de São Paulo.

Art. 2º Esta Portaria produz efeitos a partir da data de sua publicação.

O citado ato de investidura configura violação ao **regime constitucional de garantias e prerrogativas do Ministério Público e da Sociedade** - artigo 128, § 5º, inciso I, letra "b".

Em prol da Sociedade e dos integrantes dos Ministérios Públicos, o regime constitucional veta a **precarização das funções ministeriais** - o seu exercício **pro tempore** -, para assegurar a **independência funcional**.

Neste quadro institucional, o artigo 49, inciso III, da Lei Complementar nº 75/93, estipula, entre as **"atribuições do Procurador-Geral da República, como Chefe do Ministério Público Federal, designar o Procurador Federal dos Direitos do Cidadão e os titulares da Procuradoria nos Estados e no Distrito Federal"**.

Isto porque o artigo 41, "caput", da mesma Lei Complementar nº 75/93, preceitua: **"Em cada Estado e no Distrito Federal será designado, na forma do art. 49, III, órgão do Ministério Público Federal para exercer as funções do ofício de Procurador Regional dos Direitos do Cidadão"**.

É certo, assim, que a Lei Complementar nº 75/93 **não** fixa mandato ou rodízio para a Procuradoria Regional dos Direitos do Cidadão.

Nem poderia fazê-lo, no regime constitucional da inamovibilidade das funções.

No Estado de Minas Gerais, através de **lei complementar**, órgãos de execução do Ministério Público - **inclusive a Promotoria de Justiça de Defesa do Cidadão** - foram submetidos a regime de rodízio e mandato.

A **Procuradoria-Geral de Justiça de Minas Gerais** representou contra a inconstitucionalidade da lei complementar estadual que subordinou o exercício das funções ministeriais à **precariedade do rodízio entre os seus membros, por simples portaria do Chefe da Instituição**, nos seguintes termos:

"As inconstitucionalidades contidas na Lei Complementar Estadual n.º 105/2007 avançam, inclusive, sobre o consagrado princípio institucional da inamovibilidade do órgão do Ministério Público, previsto na Constituição da República (art. 128, § 5º, I, "b"), como se infere do comando do § 4º, acrescido ao art. 61 da LC n.º 34/94, dispondo aquele novo comando que "As Promotorias de Justiça mencionadas no art. 59 e neste artigo serão exercidas pelo prazo de

um ano, prorrogável uma vez por igual período, por determinação expressa do Procurador-Geral de Justiça, por meio de portaria publicada no órgão oficial do Estado.

Coroando essa "pérola" de inconstitucionalidade, prossegue o § 5º, acrescido ao mesmo art. 61 da LC n.º 34/94:

"O membro do Ministério Público somente poderá exercer novamente Promotoria já exercida na mesma Comarca após o exercício de todos os membros daquela Comarca na mesma Promotoria."

Ora, a prevalecer esses comandos legais, ao invés da inamovibilidade constitucionalmente assegurada ao membro do Parquet em todo o Brasil, em Minas Gerais, dar-se-á o rodízio obrigatório em todas as Promotorias de Justiça, escamoteando-se, inclusive, a necessária busca da especialização funcional, o que forja a concretização do princípio da eficiência na Administração Pública".

A **Procuradoria-Geral da República** subscreveu a crítica da **Procuradoria-Geral de Justiça de Minas Gerais** e, ao propor, com base nela, a ação direta de inconstitucionalidade (**ADI 3946**), perante o **Supremo Tribunal Federal**, acrescentou:

"29. O art. 4º da LC 99/2007 , por sua vez, ao tratar de um alegado rodízio nas promotorias, atenta contra a inamovibilidade do membro do Ministério Público, em violação ao art. 128, § 5º, I, "b", da Constituição".

No **Supremo Tribunal Federal**, na **ADI 3946**, a **Advocacia-Geral da União** somou com a posição defendida pela **Procuradoria-Geral da República** e pela **Procuradoria-Geral de Justiça de Minas Gerais**, com os seguintes termos:

"Por outro lado, o art. 4º da Lei Complementar nº 99/2007 cria, no âmbito do Ministério Público de Minas Gerais, uma espécie de rodízio obrigatório em todas as promotorias. Observe-se:

Art. 4º O artigo 61 da Lei Complementar nº 34, de 1994, fica acrescido dos seguintes §§ 4º e 5º:

"Art. 61 - (...)

§ 4º - As Promotorias de Justiça mencionadas no art. 59 e neste artigo serão exercidas por membro do Ministério Público pelo prazo de um ano, prorrogável uma vez por igual período, por determinação expressa do Procurador-Geral de Justiça, por meio de portaria publicada no órgão oficial do Estado.

§ 5º - O membro do Ministério Público somente poderá exercer novamente Promotoria já exercida na mesma Comarca após o exercício de todos os membros daquela Comarca na mesma Promotoria." (Grifou-se).

Tais disposições, além de atentarem contra a autonomia funcional e administrativa do órgão ministerial, pois afetam, diretamente, a sua organização e funcionamento, violam, frontalmente, o princípio da inamovibilidade dos seus membros, assegurado pelo art. 128, §5º, inciso I, alínea 'b', da Constituição da República.

Conforme explicitado anteriormente, a Constituição Federal conferiu garantias à instituição do Ministério Público e aos seus membros, objetivando o pleno e independente exercício de suas funções. Dentre tais garantias, consagrou a inamovibilidade dos representantes ministeriais, assim definida por Alexandre de Moraes:

'Uma vez titular do respectivo cargo, o membro do Ministério Público somente poderá ser removido ou promovido por iniciativa própria, nunca ex officio de qualquer outra autoridade, salvo em uma única exceção constitucional por motivo de interesse público, mediante decisão do órgão colegiado competente do Ministério Público, pelo voto da maioria absoluta de seus membros, assegurada ampla defesa.'

Dessa maneira, o rodízio pretendido pelo dispositivo impugnado burla a garantia da inamovibilidade, já que o membro somente poderá exercer determinada promotoria pelo prazo máximo de dois anos, sendo, obrigatoriamente, removido depois desse período”.

Depois, em **parecer** oferecido **na mesma ADI 3946**, a **Procuradoria-Geral da República** voltou a rejeitar a possibilidade do exercício precário das funções ministeriais - **"resposta contundente a qualquer tentativa de mitigação ou supressão das funções constitucionais do Ministério Público, ou a qualquer ato vocacionado a intimidar os seus membros"**.

Previsto o **regime constitucional** da independência funcional (**art. 127, § 1º, da CF**) e da inamovibilidade das funções (**art. 128, § 5º, inc. I, letra "b", da CF**), para **todos** os Ministérios Públicos, não poderia, a **lei complementar estadual**, fixar **exercício funcional em rodízio, por mandato**.

No silêncio respeitoso da **lei complementar federal**, ainda mais sem razão poderia fazê-lo a **portaria** da Procuradoria-Geral da República.

Se, em obediência à **Constituição Federal, lei complementar** não pode submeter as funções ministeriais a rodízio, em sistema de mandato, menos, ainda, singela **portaria**.

É a garantia constitucional da inamovibilidade das funções, **cláusula de segurança** da independência funcional.

Como derivação legítima da Constituição Federal, a Lei Complementar nº 75/93, no artigo 182, "caput", dispõe: "**Os cargos do Ministério Público da União, salvo os de Procurador-Geral da República, Procurador-Geral do Trabalho, Procurador-Geral da Justiça Militar e Procurador-Geral de Justiça do Distrito Federal e Territórios, são de provimento vitalício e constituem as carreiras independentes de cada ramo**"(o destaque não é original).

A Portaria PGR nº 145, contra a Constituição Federal e a **norma complementar do provimento vitalício**, reduziu o exercício funcional à assunção de simples **cargo de confiança**, procedimento manifestamente incompatível com o regime de garantias e prerrogativas do Ministério Público e da Sociedade.

A iniciativa da Procuradoria-Geral da República apresenta, ainda, o **grave vício da usurpação das atribuições do Conselho Superior** da Instituição.

"Compete ao Conselho Superior do Ministério Público Federal: I - exercer o poder normativo no âmbito do Ministério Público Federal, observados os princípios desta Lei Complementar, especialmente para elaborar e aprovar: c) as normas sobre as designações para os diferentes cargos do Ministério Público Federal", diz o artigo 57, da Lei Complementar nº 75/93.

A Portaria PGR nº 145 procura suposta validade em outro ato administrativo da Procuradoria-Geral da República, a **Portaria PGR nº 588, de 03 de setembro de 2003**.

A lei complementar é, todavia, semanticamente enfática, quanto à **atribuição do Conselho Superior**, não da Procuradoria-Geral da República: **"especialmente para elaborar e aprovar as normas sobre as designações"**.

Isto é mais que o suficiente para o Poder Judiciário cuidar da preservação dos significativos valores envolvidos nesta questão.

Mas não é só.

Quando a lei complementar permite a designação, pela Procuradoria-Geral da República, do titular da Procuradoria Regional dos Direitos do Cidadão, não está a cuidar da **revogação** da Constituição Federal.

Por outras palavras, qualquer movimentação na carreira, quanto aos **órgãos de execução** do Ministério Público, fica na estrita dependência dos procedimentos de promoção ou remoção, pelos critérios alternados do merecimento e da antiguidade.

Interpreta-se a lei complementar a partir da Constituição Federal, não o inverso.

A designação é, tão-só, **ato** formal e burocrático de finalização dos **procedimentos** de reconhecimento do mérito ou da antiguidade.

Não se pode pretender a **degradação** do regime constitucional de garantias e prerrogativas, de que são expressões concretas a promoção e a remoção, os critérios de merecimento e de antiguidade, para dar à luz **novo procedimento**, a partir do conceito estrito e estreito de **ato** de designação.

Ainda que o Conselho Superior do Ministério Público Federal venha a dispor sobre designação, a atribuição estará limitada pela **natureza do instituto**. Caberá dizer, por exemplo, quando e em quais boletins o ato será publicado, como é corriqueiro a tais disciplinas.

O Conselho Superior não poderá substituir os procedimentos de promoção e remoção, sob os **critérios individuais – constitucionais** – da **antiguidade** e do **merecimento**, por **eleição coletiva**, em **chapa**, com **novo corpo eleitor**, vinculado, apenas, à declamação sumaríssima do **eligo in summum pontificem**, nos termos das opções da **Portaria PGR nº 588 de 03 de setembro de 2003**:

Art. 1º - Decorrerá de processo eletivo a designação, pelo Procurador-Geral da República, do Procurador-Chefe, do Procurador Regional Eleitoral e do Procurador Regional dos Direitos do Cidadão, pelo período de dois anos, permitida uma recondução.

(...)

Art. 3º - A forma de inscrição dos candidatos é por chapa para cada um dos cargos e/ou funções, exigindo-se a apresentação dos nomes dos titulares e respectivos substitutos.

Parágrafo Único - A inscrição das chapas deverá ser feita por requerimento subscrito pelos seus integrantes, junto à Comissão Eleitoral.

No caso concreto, a investidura, pela Portaria PGR nº 145, ainda foi condicionada por **típica cláusula de subordinação**: a "**manifestação favorável da Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão**".

A explicitação desta **benedictione** foi significativa, não apenas como dado revelador do **caráter ilusório e artificial da eleição**, mas, também, como evidência do **grave comprometimento da independência funcional**.

(...)

Neste ponto, **passadista**, a Lei Complementar nº 75/93, no artigo 41, parágrafo único, reputa que "**o Procurador Federal dos Direitos do Cidadão expedirá instruções para o exercício das funções dos cargos de Procurador dos Direitos do Cidadão, respeitado o princípio da independência funcional**".

Nem assim chegou à **solução radical de subordinação** escolhida pela Portaria PGR nº 145, através da qual o exercício funcional do agente político ficou na **dependência** da prévia aceitação da Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão.

O citado requisito de investidura não consta da Constituição Federal, da Lei Complementar nº 75/93, da velha Lei Federal nº 1.341/51 ou da Portaria PGR nº 588.

O Supremo Tribunal Federal rejeita o adendo da manifestação favorável, para a assunção de cargo, na estrutura do Ministério Público:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO MATO GROSSO. COMPETÊNCIA DA ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA PARA APROVAR A ESCOLHA DO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA. INCONSTITUCIONALIDADE. 1. A escolha do Procurador-Geral da República deve ser aprovada pelo Senado (CF, artigo 128, § 1º). A nomeação do Procurador-Geral de Justiça dos Estados não está sujeita à aprovação da Assembléia Legislativa. Compete ao Governador nomeá-lo dentre lista tríplice composta de integrantes da carreira (CF, artigo 128, § 3º). Não-aplicação do princípio da simetria. Precedentes. 2. Dispositivo da Constituição do Estado de Mato Grosso que restringe o alcance do § 3º do artigo 128 da Constituição Federal, ao exigir a aprovação da escolha do Procurador-Geral de Justiça pela Assembléia Legislativa. Ação julgada procedente e declarada a inconstitucionalidade da alínea "c" do inciso XIX do artigo 26 da Constituição do Estado de Mato Grosso. (ADI 452, Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA, Tribunal Pleno, julgado em 28/08/2002, DJ 31-10-2002 PP-00019 EMENT VOL-02089-01 PP-00020).

Por outra perspectiva, não importa a posição do favorecido pela manifestação da Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão. A independência funcional é **indisponível, irrenunciável**, inclusive - ou, **principalmente** - para o agente político.

A circunstância é intuitiva. Mas o legislador complementar preferiu jogar a luz do Sol: "**As garantias e prerrogativas dos membros do Ministério Público da União são inerentes ao exercício de suas funções e irrenunciáveis**" (art. 21, da LC 75/93).

Cioso, a respeito da relevância institucional dos mecanismos de cooptação dos agentes políticos, o **Supremo Tribunal Federal**, de há muito, prestigiou os critérios de organização e movimentação das carreiras jurídicas.

Antes da Constituição Federal de 1.988, no julgamento do MS 20.555, no **Plenário do Supremo Tribunal Federal**, o Procurador-Geral da República **Sepúlveda Pertence** e a Presidência da República, com as razões do parecer de **José Celso de Melo Filho**, sustentaram a impossibilidade de decreto-lei, a pretexto de dispor sobre a criação de cargos, no âmbito do **Ministério Público Federal**, alterar-lhes o **modo de provimento**.

Sepúlveda Pertence:

"26. A atribuição de prover cargos públicos nada tem a ver com a competência para dispor sobre a forma de seu provimento.

27. Ao contrário, a primeira pressupõe a segunda. Prover cargos é ato administrativo, a ser feito nos termos da lei que disponha sobre a forma de seu provimento (cf. art. 97 e §§ CF).

30. De fato. A Constituição enfaticamente distingue os dois poderes. E, sempre, de modo a fazer claro que disciplinar provimento de cargos é tema reservado à lei.

(...)

34. Tudo isso desvela um sentido claro, sistemático, na Constituição, de impor a estrita limitação por lei da margem de discricionarismo do Executivo, no provimento dos cargos públicos, de modo a estabelecer salvaguardas eficazes do sistema de acesso isonômico à função pública, em detrimento das mazelas da tradição clientelística.

35. Essa orientação teleológica estaria comprometida, se o regime de provimento de cargos fosse aberto à disciplina ilusória dos decretos-leis.

(...)

79. Em segundo lugar, de qualquer modo, a organização em carreira, que, para o Ministério Público, é imperativo constitucional, constitui, em si mesma, garantia contra normas casuísticas de acesso, determinadas em norma legal de beneficiários certos.

80. Organização em carreira não é apenas a reserva privativa do provimento dos cargos de escalão superior aos titulares dos inferiores; a carreira implica também em fixação de critérios legais objetivos, impessoais, para o acesso, que, no direito brasileiro, sempre se traduziram através da promoção.

81. Por isso, como igualmente já se notou, o prover cargos públicos é competência do Poder Executivo, mas fixar a forma de provimento é matéria de reserva da lei, para que se faça em normas gerais que delimitem a discricionariedade da administração".

Celso de Mello:

"A Constituição não autoriza o Presidente da República, mediante decreto-lei, a pretexto de criar cargos públicos, (a) alterar-lhes a forma de provimento, (b) estabelecer uma nova classe, para efeito de carreira e de progressão funcional dentro do Ministério Público e (c) fixar, em desacordo com a própria organização sistêmica dessa Instituição, critério único de promoção".

Naquele julgamento, na questão aludida, prevaleceu, em sentido contrário, a opinião do Ministro Octavio Gallotti. Mas a argumentação de Sua Excelência é esclarecedora, para a interpretação do **atual** modelo constitucional do Ministério Público Federal:

"É certo que a Lei Fundamental pressupõe a existência de carreira, nos diversos ramos do Ministério Público da União, tanto que se referiu a ela, ao estipular o requisito do concurso público, de provas e títulos, para ingresso na classe inicial.

Veja-se, porém, que, ao versar a carreira da magistratura estadual, a Constituição regulou, pormenorizadamente, as condições de acesso e promoção (art. 144).

Em relação ao Ministério Público dos Estados, a Constituição (art. 96 e parágrafo único) remeteu a matéria à lei complementar, que veio a dispor sobre os critérios de ascensão, segundo os princípios alternados do merecimento e da antiguidade (Lei Complementar nº 40/81, artigos 47 a 51).

No concernente ao Ministério Público da União, o constituinte limitou-se, todavia, a aludir à carreira, para estabelecer a exigência do concurso, relegando integralmente as normas de regência da progressão ao campo da lei ordinária e, em consequência, do ato equiparado (decreto-lei), adequado para a criação dos cargos que compõem os degraus a serem sucessivamente percorridos".

Ou seja, para o Supremo Tribunal Federal, **naquela distinta realidade normativa – o que hoje não ocorre**, enfatize-se -, a ausência, no Texto Constitucional, **em relação ao Ministério Público Federal**, de previsão de promoção, no regime alternado de merecimento e antiguidade, selou o resultado do julgamento.

No caso dos Ministérios Públicos dos **Estados**, porém, em relação aos quais a Constituição Federal anterior previra a organização em carreira e a Lei Orgânica Nacional nº 40/81 estipulara os critérios da antiguidade e merecimento, o **Supremo Tribunal Federal, mais de uma vez**, reconheceu a inconstitucionalidade de **leis estaduais** que pretendiam realizar movimentações de integrantes da instituição, através de outros expedientes.

MANDADO DE SEGURANÇA. MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL. DECLARAÇÃO DA INCONSTITUCIONALIDADE. I.LEGITIMIDADE ATIVA DE MEMBRO DO "PARQUET" LOCAL PARA POSTULAR, EM MANDADO DE SEGURANÇA, A INVALIDADE DE ATOS DE NOMEAÇÃO PARA CARGOS DA CARREIRA, BUSCANDO, DESSE MODO, RESGUARDAR SUA POSIÇÃO NO QUADRO FUNCIONAL. II.HIPÓTESE QUE NÃO EXIGE EXAME DE PROVAS NEM DE SITUAÇÃO FUNCIONAL COMPLEXA JUSTIFICA O MANDADO DE SEGURANÇA. III. A INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI DEVE SER PROCLAMADA

PELA MAIORIA ABSOLUTA DOS MEMBROS DO TRIBUNAL (ART-116 DA CONSTITUIÇÃO), O QUE NÃO FAZ NECESSARIA A PRESENÇA DE TODOS OS JUIZES DO ÓRGÃO COLEGIADO NA SESSAO DE JULGAMENTO. IV.E INCONSTITUCIONAL O ART-213 DA LEI ORGÂNICA DO MINISTÉRIO PÚBLICO DA PARAIBA, QUE HOSTILIZA CRITÉRIOS DE PROGRESSAO NA CARREIRA, ESTABELECIDOS NO ART-47-PAR-2. DA LEI COMPLEMENTAR 40/81. MATÉRIA RESERVADA, PELO ART-96-PARAGRAFO ÚNICO DA CARTA DA REPÚBLICA, A LEI COMPLEMENTAR FEDERAL. V.O ACÓRDÃO MERECE REFORMA SOMENTE QUANDO ESTATUI QUE O GOVERNADOR SE ENCONTRA OBRIGADO AO IMEDIATO PROVIMENTO DOS CARGOS DE PROCURADOR DE JUSTIÇA A QUE SE REFERE A LIDE. ART-6., COMBINADO COM O ART-200 DA CONSTITUIÇÃO. (RE 100148, Relator(a): Min. FRANCISCO REZEK, TRIBUNAL PLENO, julgado em 10/05/1984, DJ 29-06-1984 PP-10752 EMENT VOL-01342-07 PP-01305 RTJ VOL-00111-01 PP-00393).

CONSTITUCIONAL. MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL. ORGANIZAÇÃO EM CARREIRA. LEI DO ESTADO DE GOIAS N. 9.240, DE 30.8.82, QUE EM SEUS ARTIGOS 35, E PARAGRAFO ÚNICO, E 36, CRIA TREZE CARGOS DE PROCURADOR DE JUSTIÇA, MANDA PROVE-LOS POR PROMOTORES DE JUSTIÇA, SUBSTITUTOS DE PROCURADORES DE JUSTIÇA NO IMPEDIMENTO DESTES, E DETERMINA A EXTINÇÃO DE TAIS CARGOS QUANDO VAGAREM, APÓS O PRIMEIRO PROVIMENTO. MANDADO DE SEGURANÇA DE MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO, CONCEDIDO PARA QUE PUDESSEM CONCORRER AOS NOVOS CARGOS CRIADOS. RECURSO EXTRAORDINÁRIO DOS LITISCONSORTES, PROCURADORES SUBSTITUTOS, BENEFICIARIOS DA LEI. CONHECIMENTO E PROVIMENTO, EM PARTE, PARA RECONHECER-SE A INCONSTITUCIONALIDADE DOS CITADOS DISPOSITIVOS DA LEI ESTADUAL, POR OFENSIVOS AO ART. 96 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E, POR TAL VÍCIO, NÃO SERVIREM NEM AOS IMPETRANTES DA SEGURANÇA, QUE SE CASSA, NEM AOS RECORRENTES.(RE 101241, Relator(a): Min. DÉCIO MIRANDA, Tribunal Pleno, julgado em 13/06/1985, DJ 02-08-1985 PP-12051 EMENT VOL-01385-03 PP-00637 RTJ VOL-00114-02 PP-00738).

A posição do **Supremo Tribunal Federal** é, assim, clara e consolidada: **nem a lei - ordinária ou complementar** - tem aptidão para violar o sistema de proteção concedido aos integrantes do Ministério Público Federal.

Menos, ainda, repita-se, **uma portaria; ou, uma portaria sobre outra portaria.**

Na linha, aliás, de todas as manifestações produzidas na **ADI 3946**, antes transcritas.

Ronaldo Porto Macedo Júnior, Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado de São Paulo e Professor da Faculdade de Direito da FGV/SP, reputa que **"o Ministério Público vem demonstrando que corre o risco de vitimar-se pela burocratização em razão de diversos aspectos"**, entre eles, o **"corporativismo demagógico estimulado pela introdução de mecanismos eleitorais sem a necessária democratização interna de suas práticas políticas, com a desconcentração e transparência no exercício do poder"** ("500 Anos e o Direito no Brasil - Cadernos de Direito e Cidadania II", págs. 87/88, Artchip Editora, março de 2.000).

A afirmação faz coro com a sentença desagradável e persistente de Sérgio Buarque de Holanda: **"A democracia no Brasil foi sempre um lamentável mal-entendido"** ("Raízes do Brasil", pág.160, Edit. Companhia das Letras).

O esclarecimento nunca superficial de Hans Kelsen:

"Não é só a exigência de legalidade na função aplicadora de Direito que pode levar, no interesse da democracia do todo, a uma restrição do princípio democrático na organização do poder administrativo e do judiciário. A exigência de uma administração eficiente caminha nesse mesmo sentido. Se uma administração ineficiente vem a pôr em risco a própria existência de um Estado democrático e se um menor grau de democratização assegura uma administração mais eficiente, o tipo menos democrático de organização administrativa pode ser escolhido, com a finalidade de manter a democracia do todo. É essa, sem dúvida, a razão pela qual, em todas as democracias modernas, o método pelo qual se nomeia o chefe do executivo é muito menos democrático do que o método pelo qual se elege o parlamento. O presidente dos Estados Unidos, eleito indiretamente pelo povo e não responsável perante o parlamento, é um órgão menos democrático que a Câmara de Deputados. A nomeação de juizes pelo chefe do executivo é certamente menos democrática que a eleição dos mesmos pelo povo, enquanto a norma de que somente advogados proectos podem ser nomeados e, sobretudo, os princípios de que um juiz tem de ser independente dos que o nomeiam ou elegem e o de que o mesmo é irremovível, são tudo menos democráticos. Não obstante, não hesitamos em considerar democrático um Estado cuja constituição estabelece que juizes independentes e irremovíveis sejam nomeados pelo chefe do executivo, pois acreditamos que, para um Estado democrático, esse tipo de administração judiciária é melhor que o outro" ("A Democracia", pág. 267, Edit. Martins Fontes, 1ª edição, 1.993).

A lembrança de Robert O. Paxton ("Anatomia do Fascismo", pág. 227/228, editora Paz e Terra, 2.007), Professor Emérito da Columbia University (USA), **para todas as gerações:**

"Os jascistas eram mestres na manipulação da dinâmica de grupos: grupos de jovens, associações recreativas, comícios do partido. A pressão era particularmente poderosa nos pequenos grupos. Neles, a maioria patriótica controlava os não-conformistas pelo sentimento de vergonha ou da intimidação direta, obrigando-os, no mínimo, a ficar de boca fechada. Sebastian Haffner lembra-se de como o seu grupo de juizes estagiários foi enviado a um retiro, no verão de 1933, onde esses jovens altamente cultos e preparados, a maioria deles não nazistas, viram-se transformados num grupo coeso por meio de marchas, cantos, uniformes e exercícios militares. Resistir parecia não fazer sentido, e certamente não levaria a parte alguma que não à prisão e ao fim de uma tão sonhada carreira. Por fim, com espanto, pilhou a si próprio erguendo o braço cingido por uma braçadeira com a suástica, na saudação nazista".

Na organização da carreira do Ministério Público da União, admitida, para além da **liturgia cerrada da Constituição Federal**, a iniciativa pessoal, nada impediria o Presidente da República de sujeitar o postulante à Procuradoria-Geral da República à **futilidade de um torneio qualquer**, através de **simples portaria afixada no quadro de avisos do Palácio do Planalto**, com a **degradação da "instituição"** ministerial (art. 127, "caput", da CF).

A escolha de critérios de investidura, por opção pessoal, poderia atingir os Magistrados em geral, inclusive os do **Supremo Tribunal Federal**.

Presidente e diretores do Banco Central, Oficiais-Generais e todos os membros da alta burocracia dirigente da Nação poderiam, por simples ato administrativo de positivação inferior, ser submetidos a todo tipo de recrutamento.

É inegável que, sacralizadas as bulas autocráticas, contra as opções do regime constitucional de **cada cidadão, um voto**, a Nação, com a generosa proposta **institucional** concebida, em 1.988, para o Ministério Público, ficaria, na realidade dos fatos, à mercê do **corporativismo "do ut des", "serva me, servabo te"**.

Quem, portanto, subscreveu a petição inicial da ação civil pública, **não tinha capacidade postulatória**.

(...)

O Plenário do Supremo Tribunal Federal:

MI-AgR 772/RJ.

Relator(a): Min. CELSO DE MELLO.

A posse da capacidade postulatória constitui pressuposto processual subjetivo referente à parte. Sem que esta titularize o "jus postulandi", torna-se inviável a válida constituição da própria relação processual, o que faz incidir a norma inscrita no art. 267, IV, do CPC, gerando, em consequência, como necessário efeito de ordem jurídica, a extinção do processo, sem resolução de mérito.

A jurisprudência do **Superior Tribunal de Justiça:**

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ILEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM. AUSÊNCIA DE CAPACIDADE POSTULATÓRIA. INEXISTÊNCIA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA. RECURSO DESPROVIDO.

I - O Ministério Público tem legitimidade para impetrar mandado de segurança no âmbito de sua atuação e em defesa de suas atribuições institucionais. Hipótese inócua na espécie.

II - "In casu, não restou comprovado que tenha sido delegada atribuição ao Promotor para recorrer. Ausente tal delegação, permanece a regra geral do artigo 31 da Lei 8.625/93." (RMS 13.029, Rel. Min. Castro Meira, DJ 18.09.2003)

III - A ausência da comprovação dos fatos alegados pelo impetrante inviabiliza o manejo do mandamus, já que no processo de mandado de segurança a prova dos fatos deve ser pré-constituída.

Recurso ordinário desprovido.

(RMS 19.343/PE, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 06/06/2006, DJ 14/08/2006 p. 304).

PROCESSO CIVIL. PROMOTOR DE JUSTIÇA. LEGITIMIDADE. ART. 31 DA LEI 8.625/93.

1. Promotor de Justiça não tem capacidade postulatória para recorrer de acórdão proferido por Tribunal de Justiça.

2. In casu, não restou comprovado que tenha sido delegada atribuição ao Promotor para recorrer. Ausente tal delegação, permanece a regra geral do artigo 31 da Lei 8.625/93.

3. Recurso improvido.

(RMS 13.029/MG, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/09/2003, DJ 28/10/2003 p. 231).

PROCESSUAL. MANDADO DE SEGURANÇA. RECURSO. LEGITIMIDADE.

I - A Constituição (art. 103, par. 1.) dispõe que tem competência privativa para officiar perante o Supremo Tribunal Federal, exclusiva e unicamente, o Procurador-Geral da República, seja como "custos legis" seja como parte. Perante este Superior Tribunal de Justiça atuam o Procurador-Geral ou os Subprocuradores-Gerais, com proibição de outro representante do Ministério Público. Assim, cabe ao Procurador-Geral de Justiça exercer as suas atribuições junto aos Tribunais de Justiça, podendo delegá-las aos Procuradores de Justiça. Os Promotores de Justiça carecem de capacidade postulatória junto aos Tribunais, e desse modo, para requererem mandado de segurança perante órgão superior de jurisdição.

II - Promotor de Justiça não tem legitimidade para recorrer de decisão proferida por Tribunal de Justiça.

III - Precedentes.

(RMS 5.322/RS, Rel. Ministro JESUS COSTA LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 30/08/1995, DJ 25/09/1995 p. 31120).

(RMS 1.722/SP, Rel. Ministro JESUS COSTA LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 08/09/1993, DJ 07/03/1994 p. 3667, REPDJ 21/03/1994 p. 5491).

AGRAVO REGIMENTAL EM MEDIDA CAUTELAR.

Os Promotores de Justiça carecem de capacidade postulatória junto aos Tribunais Superiores, não podendo, pois, requerer, diretamente, medida cautelar e ingressar com agravo regimental perante esta Corte.

Agravo Regimental não conhecido.

(AgRg na MC .110/RS, Rel. Ministro ASSIS TOLEDO, QUINTA TURMA, julgado em 21/11/1994, DJ 12/12/1994 p. 34354).

* * * * *

* * * * *

Ao tempo do precedente acima citado, a Portaria PGR nº 588/03 não vinculava o resultado da "eleição" à **benedictione** do Procurador Federal dos Direitos do Cidadão.

O requisito **inexistente** – até nas largas iniciativas legiferantes da Procuradoria-Geral da República – foi **imposto** em portaria de designação de Procurador Regional dos Direitos do Cidadão, para outro mandato inconstitucional.

Depois, o artigo 20, da Portaria PGR nº 357/15, deixou claro que a “eleição” teria os votos do **“Colégio de Procuradores da respectiva unidade”**, mas o Procurador Federal dos Direitos do Cidadão seria ouvido.

“Colégio de Procuradores da respectiva unidade” é órgão público **inexistente** na estrutura do Ministério Público Federal.

Por óbvio - e por lei - que só existe o **“Colégio de Procuradores da República”** e, entre as suas funções, não consta a que foi objeto da ilicitude citada aqui.

Confira-se a Lei Complementar nº 75/93:

Art. 52. O Colégio de Procuradores da República, presidido pelo Procurador-Geral da República, é integrado por todos os membros da carreira em atividade no Ministério Público Federal.

Art. 53. Compete ao Colégio de Procuradores da República:

I - elaborar, mediante voto plurinominal, facultativo e secreto, a lista sêxtupla para a composição do Superior Tribunal de Justiça, sendo elegíveis os membros do Ministério Público Federal, com mais de dez anos na carreira, tendo mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade;

II - elaborar, mediante voto plurinominal, facultativo e secreto, a lista sêxtupla para a composição dos Tribunais Regionais Federais, sendo elegíveis os membros do Ministério Público Federal, com mais de dez anos de carreira, que contém mais de trinta e menos de sessenta e cinco anos de idade, sempre que possível lotados na respectiva região;

III - eleger, dentre os Subprocuradores-Gerais da República e mediante voto plurinominal, facultativo e secreto, quatro membros do Conselho Superior do Ministério Público Federal;

IV - opinar sobre assuntos gerais de interesse da instituição.

Seja como for, a portaria de instauração do inquérito civil público é datada de 29 de setembro de 2.016.

O seu subscritor estava investido – **inconstitucionalmente, ilegalmente** –, na Procuradoria Regional dos Direitos do Cidadão, pela Portaria PGR nº 411, de 25 de maio de 2015, para mandato de dois anos.

Falta-lhe, portanto, capacidade postulatória para atuar como órgão de execução no inquérito civil público.

Não há, é indubitoso, órgãos de execução investidos nos cargos da Procuradoria Regional dos Direitos do Cidadão de acordo com a Constituição e a Lei Complementar nº 75/93.

Por este fundamento, peço licença para pontuar a divergência respeitosa.

Dou provimento à apelação. Concedo a segurança, para decretar o trancamento do inquérito civil público, desde a sua instauração, e, em consequência, determinar a devolução de todos os documentos encartados nos autos.

É o meu voto.

Desembargador Federal Fábio Prieto de Souza



Poder Judiciário
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5007746-46.2017.4.03.6100

RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. DIVA MALERBI

APELANTE: SIND DAS EMPRESAS DE RADIO E TELEVISAO NO EST SAO PAULO

Advogados do(a) APELANTE: ANDRE RODRIGUES CYRINO - RJ1231110A, ALICE BERNARDO VORONOFF DE MEDEIROS - RJ139858-A, RAFAEL LORENZO FERNANDEZ KOATZ - RJ122128-A, GUSTAVO BINENBOJM - RJ83152-A

APELADO: UNIAO FEDERAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL DIVA MALERBI (RELATORA):

Registra-se, de início, a possibilidade de julgamento monocrático pelo relator fundado em hipótese jurídica que, mesmo não enquadrada integralmente em súmula, recurso repetitivo, incidente de resolução de demanda repetitiva ou assunção de competência, baseia-se em entendimento dominante sobre a matéria, sendo aplicável, em tais casos, a razão de ser da Súmula 586 do C. Superior Tribunal de Justiça, com prevalência aos preceitos da eficiência e razoável duração do processo.

Ademais, a possibilidade de manejo do agravo interno em face da decisão monocrática – como neste caso – supera as alegações a respeito de cerceamento de direito de ação ou de defesa, pois atrai o colegiado ao exame da causa.

Nesse sentido, a jurisprudência do C. STJ e desta E. Sexta Turma:

“AGRAVO INTERNO NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO (ART. 544 DO CPC/73) - EMBARGOS À EXECUÇÃO - DECISÃO MONOCRÁTICA QUE, RECONSIDERANDO A DELIBERAÇÃO UNIPESSOAL, CONHECEU DO AGRAVO PARA, DE PLANO, DAR PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL. INSURGÊNCIA DO EMBARGADO. 1. Inviável o acolhimento da tese acerca da impossibilidade de julgamento monocrático do relator fundado em hipótese jurídica não amparada no artigo 932 do NCPC, porquanto, na data de 17 de março de 2016, o Superior Tribunal de Justiça fez publicar o enunciado da súmula 568/STJ que expressamente dispõe: “O relator, monocraticamente e no Superior Tribunal de Justiça, poderá dar ou negar provimento ao recurso quando houver entendimento dominante acerca do tema. [...]” (AgInt no AgRg no AREsp 607.489/BA, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 20/03/2018, DJe 26/03/2018)

“PROCESSUAL CIVIL E CONSTITUCIONAL. AGRAVO INTERNO. ARTIGO 1.021 DO CPC/15. INSURGÊNCIA CONTRA DECISÃO UNIPESSOAL DO RELATOR QUE NEGOU PROVIMENTO A RECURSO DE APELAÇÃO. HIPÓTESE QUE AUTORIZAVA DECISÃO MONOCRÁTICA. RESPEITO AOS PRINCÍPIOS DA COLEGIALIDADE, DA AMPLA DEFESA, DA EFICIÊNCIA E DA DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO. MEDIDA PROVISÓRIA Nº 612/13. HABILITAÇÃO DE RECINTO ALFANDEGADO PRIVADO COMO CENTRO LOGÍSTICO E INDUSTRIAL ADUANEIRO – CLIA. MP REJEITADA PELO SENADO. PERDA DE EFICÁCIA. ULTRATIVIDADE DA NORMA APENAS QUANTO ÀS RELAÇÕES JURÍDICAS EFETIVAMENTE CONSTITUÍDAS NA SUA VIGÊNCIA. ARTIGO 62, §§ 3º E 11 DA CF. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. A possibilidade de maior amplitude do julgamento monocrático está consoante os princípios que se espraiam sobre todo o cenário processual, tais como o da eficiência e da duração razoável do processo, não havendo que se falar em violação ao princípio da colegialidade ou em cerceamento de defesa diante da possibilidade de controle do decisum por meio do agravo, como ocorre no presente caso. [...] 8. Agravo interno não provido.” (TRF 3ª Região, 6ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5002109-05.2017.4.03.6104, Rel. Desembargador Federal LUIS ANTONIO JOHONSOM DI SALVO, julgado em 09/06/2020, Intimação via sistema DATA: 15/06/2020)

Quanto ao mérito propriamente dito, a decisão agravada, ao que interessa à solução da lide, registrou o seguinte (*verbis*):

“[...]”

A insurgência recursal cinge-se em averiguar a legitimidade ativa e o interesse jurídico do Ministério Público Federal na instauração de Inquérito Civil Público com o objetivo de investigar suposta ocorrência de oligopólio entre empresas de publicidade, bem como a legalidade na expedição de ofícios para obtenção de informações relacionadas ao objeto do ICP, sem intervenção judicial.

O ICP impugnado neste Mandado de Segurança Coletivo, autuado sob o nº 1.34.001.006420/2016-21, com efeito, pretende investigar possível concentração de campanhas publicitárias em um número reduzido de emissoras de televisão, tendente à formação de um suposto oligopólio.

Está-se diante, portanto, de atuação do Parquet tendente a preservar direitos relacionados à comunicação social por meio de radiodifusão de som e imagem, bem como à garantia do princípio da livre concorrência, os quais consubstanciam-se como direitos transindividuais, de titularidade difusa.

*Logo, neste cenário, tem-se que a atuação investigativa do Ministério Público mediante inquérito civil está autorizada pelo art. 129, III, da Constituição da República (*verbis*): “Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: [...] III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos”.*

Nesse sentido:

“PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DECLARATÓRIOS NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE. ADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. LEI 8.429/1992. APLICABILIDADE AOS AGENTES POLÍTICOS. DOLO. AFERIÇÃO. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICA. IMPOSSIBILIDADE, NO CASO CONCRETO. SÚMULA 7/STJ. PENALIDADES. ACUMULAÇÃO. POSSIBILIDADE. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO [...] 2. A jurisprudência do STJ também firmou-se no sentido de que “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” (art. 127, caput, da CF) e, dentre outras funções, “promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos” (art. 129, III, da CF)” (REsp 1289609/DF, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA SEÇÃO, DJe 02/02/2015) [...] 8. Agravo interno improvido”. (AgInt nos EDcl no AREsp 437.764/SP, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 27/02/2018, DJe 12/03/2018)

Acerca da legalidade das requisições (ofícios) expedidas pelo Ministério Público no bojo do referido ICP, verifico que foram encaminhados a emissoras associadas ao ora apelante, para que informem os valores pagos a título de Plano de Incentivo ou Bônus de

Volume às agências de propaganda, nos últimos cinco anos, bem como quais os critérios exigidos das citadas agências para lhes oferecer o pagamento antecipado de tais verbas.

Contrariamente ao argumentado pela recorrente, a natureza das informações requisitadas não se enquadra em nenhuma hipótese de reserva de jurisdição, razão pela qual não prescindem de autorização judicial para a respectiva obtenção pelo Ministério Público.

É de se ter presente, ainda, que a requisição de informações e documentos para a instrução de procedimentos administrativos da competência do Ministério Público, nos termos do art. 129 da Constituição Federal, é prerrogativa constitucional dessa Instituição, encontrando amparo, também, no § 1º do artigo 8º da Lei 7.347/1985 (verbis):

“Art. 8º Para instruir a inicial, o interessado poderá requerer às autoridades competentes as certidões e informações que julgar necessárias, a serem fornecidas no prazo de 15 (quinze) dias. § 1º O Ministério Público poderá instaurar, sob sua presidência, inquérito civil, ou requisitar, de qualquer organismo público ou particular, certidões, informações, exames ou perícias, no prazo que assinalar, o qual não poderá ser inferior a 10 (dez) dias úteis”.

Nesse diapasão, há precedente do E. Superior Tribunal de Justiça:

“CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. REQUISIÇÃO FEITA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO COM A FINALIDADE DE INSTRUIR PROCEDIMENTO DE INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR PREPARATÓRIO DE INQUÉRITO CIVIL. PRERROGATIVA CONSTITUCIONAL ASSEGURADA AO PARQUET. ART. 129 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. INFORMAÇÕES E DOCUMENTOS CUJA AFERIÇÃO DA RELEVÂNCIA SÓ COMPETE AO MINISTÉRIO PÚBLICO. AUTONOMIA E INDEPENDÊNCIA FUNCIONAL. 1. Recurso ordinário em mandado de segurança no qual se discute a possibilidade de autoridade administrativa negar solicitação do Ministério Público de fornecimento de informações e documentos necessários à instrução de Procedimento de Investigação Preliminar que visa a apuração da existência de irregularidades administrativas na contratação de pessoal no âmbito do Tribunal de Contas do Estado de Pernambuco. 2. A requisição de informações e documentos para a instrução de procedimentos administrativos da competência do Ministério Público, nos termos do art. 129 da Constituição Federal de 1988, é prerrogativa constitucional dessa instituição, à qual compete a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. No âmbito da legislação infraconstitucional, essa prerrogativa também encontra amparo no § 1º do artigo 8º da Lei n. 7.347/1985, segundo o qual "o Ministério Público poderá instaurar, sob sua presidência, inquérito civil, ou requisitar, de qualquer organismo público ou particular, certidões, informações, exames ou perícias, no prazo que assinalar, o qual não poderá ser inferior a 10 (dez) dias úteis". 3. Tanto o Procedimento de Investigação Preliminar, quanto o inquérito civil, servem à formação da convicção do Ministério Público a respeito dos fatos investigados e o resultado consequente pode dar ensejo ao ajuizamento de qualquer das ações judiciais a cargo do parquet. 4. A "análise prévia" (conforme referiu a Corte de origem) a respeito da necessidade das informações requisitadas pelo Ministério Público é da competência exclusiva dessa instituição, que tem autonomia funcional garantida constitucionalmente, não sendo permitido ao Poder Judiciário ingressar no mérito a respeito do ato de requisição, sob pena de subtrair do parquet uma das prerrogativas que lhe foi assegurada pela Constituição Federal de 1988. 5. Recurso ordinário provido para conceder o mandado de segurança”. (RMS 33.392/PE, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 07/06/2011, DJe 10/06/2011)

No ponto, merece reiteração, ainda, o seguinte trecho da sentença, que bem analisou a matéria (verbis):

”[...]

Diferentemente do que afirma a impetrante, a investigação não recai sobre relações puramente privadas acordadas entre os atores do setor publicitário (anunciantes, agências de propaganda e veículos de divulgação), extraindo-se da própria Portaria de Instauração (nº 416/2016) – ID 1497797, bem como da Representação encaminhada à Procuradoria Regional dos Direitos do Cidadão – ID 1497795 a existência de interesses difusos e coletivos relacionados à concentração de veículos de comunicação e seus prejudiciais efeitos em direitos fundamentais previstos na Constituição, advinda da “preocupação registrada no relatório sobre o Impacto do Marketing nos Direitos Culturais, divulgado pela Organização das Nações Unidas, quanto ao aumento na concentração de veículos de comunicação com conseqüente redução da diversidade de conteúdo de mídia e pluralidade em termos culturais, sociais e políticos; além de considerar a importância dos meios de comunicação para o exercício do direito à liberdade de expressão, uma garantia fundamental que ampara, de um lado, o direito a fundar e utilizar os meios de comunicação para o para o exercício da liberdade de expressão, e de outro, o direito da sociedade de contar com meios de comunicações livres, independentemente e plurais, que permitam o acesso a maior e mais diversa informação”, conforme citado pelo MPF.

Ademais, a análise apurada do ato coator combatido nesta ação mandamental demonstra inexistir violação ao direito de não produzir prova contra si e ao segredo/sigilo comercial das informações requisitadas.

O Despacho 7071/2017 determinou a expedição de ofícios, dentre outras, às cinco maiores emissoras de TV, para que, no prazo de 30 (trinta) dias úteis informassem “qual o valor total pago a título de Planos de Incentivo, Bônus de volume ou verba de caráter similar às Agências de publicidade/propaganda com as quais negociou veiculação de mídia nos últimos cinco anos, discriminando, tais valores ano a ano”. Requisitou-se, ainda, “sejam especificados quais os critérios devem ser atendidos pela Agência de Publicidade para fazer jus ao recebimento de tais verbas de forma antecipada, ou seja, antes mesmo da veiculação ser negociada/contratada pela agência de publicidade com o cliente-anunciante”.

Nota-se que a requisição visa trazer a conhecimento do órgão investigativo apenas (I) os valores pagos anualmente, sem exigir a nomenclatura das agências envolvidas, os contratos firmados entre as partes – os quais a impetrante afirma possuírem cláusula de confidencialidade – ou qualquer outro dado técnico específico, além dos (II) motivos ensejadores de tal pagamento, informações estas genéricas sobre os critérios e condições para habilitação das mencionadas agências, motivo pelo qual, não há sigilo de informações comerciais a ser protegido, tendo o Parquet Federal competência para, no exercício de suas atribuições, requisitar informações e documentos de entidades privadas, nos termos do artigo 8º, IV da lei Complementar nº 75/93.

Vale destacar que a própria impetrante admite o fato de as informações requisitadas não conterem elementos que possam, mesmo longinquamente, ensejar qualquer tipo de responsabilização de suas associadas, não havendo, portanto que se falar em violação ao princípio da “não autoincriminação.

[...]”

Impõe-se, portanto, a manutenção da sentença, também pelos respectivos e apropriados fundamentos, acolhido o parecer da D. Procuradoria Regional da República da 3ª Região.

*Ante o exposto, com fundamento no art. 932 do Código de Processo Civil, **nego provimento** à apelação.*

[...]”

Reitera-se que o ICP impugnado neste Mandado de Segurança Coletivo, autuado sob o nº 1.34.001.006420/2016-21, pretende investigar possível concentração de campanhas publicitárias em um número reduzido de emissoras de televisão, tendente à formação de um suposto oligopólio, mediante utilização dos denominados “Planos de Incentivo” ou “Bônus de Volume”, previstos na Lei 12.232/2010 e atos regulatórios do setor.

“Planos de Incentivo” ou “Bônus de Volume”, em resumo, consubstanciam um acordo entre as empresas de propaganda e os veículos de comunicação (normalmente televisivos), em que aquelas dimensionam um valor de investimento que farão em favor destes, envolvendo um ou mais clientes, o que, posteriormente, é retribuído às empresas pelos veículos na forma de um percentual sobre tal investimento.

Contrariamente ao alegado pelo agravante, o *decisum* recorrido, ao atestar a legitimidade e interesse jurídico do Ministério Público para a atuação em tela, inclusive com possibilidade de requisições de documentos, não o fez com fundamentos genéricos, na medida em que, ao reconhecê-los, o fez justamente para rebater a apontada “ausência de justa” levantada pela defesa, com atenção aos aspectos concretos da lide, como as supostas intenções de formação de oligopólio.

É de se ter presente, mais, que o ICP ora impugnado objetiva também o resguardo do patrimônio público, estando diretamente relacionado ao controle de aplicação de recursos financeiros em propagandas institucionais públicas, veiculadas em emissoras associadas ao agravante. Daí porque existência de legislação autorizando o pagamento de Bônus de Volume (Lei 12.232/2010), pelos veículos de comunicação às agências de publicidade, não afastam os indícios (já devidamente levantados pelo órgão ministerial) de que os envolvidos possam estar atuando sob desvirtuamento.

Outrossim, a decisão agravada, ainda que inversamente ao entendimento do recorrente, não descartou a relevância e a necessidade de que as informações colhidas sejam mantidas sob o maior sigilo possível, em razão de interesses comerciais. Tanto assim que foi devidamente registrado que as requisições foram genéricas acerca dos valores totais pagos a título de Bônus de Volume às agências de propaganda, sem obrigação de que fossem identificadas ou que se indicasse quanto recebem individualmente.

Houve na decisão, também, expressa justificação sobre não se estar diante de violação ao preceito de que ninguém deve ser obrigado a produzir provas que o incriminem (*nemo tenetur se detegere*), dado a própria impetrante ter admitido o fato de que as informações requisitadas não contém elementos que possam, mesmo longinquamente, ensejar qualquer tipo de responsabilização de suas associadas.

Logo, impõe-se constatar que todos os argumentos ventilados nas razões recursais foram enfrentados pela decisão monocrática, razão pela qual não contrapõem tais fundamentos a ponto de demonstrar o desacerto do *decisum*, limitando-se a reproduzir argumento visando à rediscussão da matéria nele contida, motivo pelo qual a reiteração da essência das afirmações expostas na decisão, suficientes ao deslinde da causa, não configura violação ao art. 1.021, § 3º, do Código de Processo Civil. Nesse diapasão, o entendimento desta E. Sexta Turma:

“AGRAVO INTERNO. APELAÇÃO. BUSCA E APREENSÃO. SUPOSTA INFRAÇÃO À ORDEM ECONÔMICA. INDÍCIOS. REQUISITOS PARA A CAUTELAR PREENCHIDOS. DESPROVIMENTO. 1. Agravo interno contra decisão que negou seguimento à apelação e manteve a cautelar de busca a apreensão de coisas relacionadas a supostos atos de infração à ordem econômica, atribuídos à agravante. 2. Este E. Tribunal Regional Federal da 3ª Região, com amparo no art. 13 da Lei 12.529/2011, já assentou que a apresentação de indícios é suficiente para que autorizada a busca e apreensão de documentos relacionados a possível infração à ordem econômica, visto que tal medida tem como objetivo reunir elementos para a instrução de processo administrativo ou outra medida oficial investigatória. 3. As alegações das partes e os documentos fornecidos pelo CADE atestam, com segurança, a presença dos pressupostos para a concessão da medida cautelar, eis que as suspeitas a propósito da conduta da

apelante - suposta participação em formação de cartel no setor automotivo - decorreram de elementos colhidos em acordo de leniência realizado com outras empresas e pessoas físicas, bem como vêm sendo apuradas mediante processo administrativo. 4. Condicionar a concessão da cautelar de busca e apreensão à existência de provas cabais da conduta ilícita, como aventado nas razões recursais, é o mesmo que inverter a ordem natural das coisas, pois o escopo da requerente, com a presente medida, é justamente arregimentar provas para compreensão do ocorrido de forma exauriente, para, somente depois, se o caso, promover e aplicar as medidas correspondentes, ou formular as denúncias cabíveis. 5. As razões recursais não contrapõem tais fundamentos a ponto de demonstrar o desacerto do decisum, limitando-se a reproduzir argumento visando à rediscussão da matéria nele contida, motivo pelo qual a reiteração da essência das afirmações expostas na decisão, suficientes ao deslinde da causa, não configura violação ao art. 1.021, § 3º, do Código de Processo Civil. 6. Nega-se provimento ao agravo interno. (TRF 3ª Região, SEXTA TURMA, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 2098869 - 0009065-27.2014.4.03.6105, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL DIVA MALERBI, julgado em 08/08/2019, e-DJF3 Judicial 1 DATA:16/08/2019)

De rigor, portanto, a manutenção da decisão recorrida, também pelos respectivos fundamentos.

Ante o exposto, **nega-se provimento** ao agravo interno.

É como voto.

DECLARAÇÃO DE VOTO

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL DIVA MALERBI (RELATORA): Após a prolação do voto acima por esta relatora, no que fui acompanhada pelo e. Desembargador Federal Johnson Di Salvo, pediu vista o e. Desembargador Federal Fábio Prieto.

Em voto vista proferido na sessão de julgamento de 06.08.2020, o e. Desembargador Federal Fábio Prieto, com fundamento em matéria de ordem pública, cognoscível de ofício, sustenta a ausência de capacidade postulatória como condição para a instauração do inquérito civil público ora impugnado no *mandamus*.

Inobstante a titularidade para a instauração de inquérito civil público ter sido atribuída, privativamente, ao órgão do Ministério Público, o seu exercício submete-se à observância de condições legais que autorizem o seu manejo; exigindo-se, assim, a existência de capacidade postulatória para a sua instauração.

Tratando-se de matéria de ordem pública, cognoscível de ofício, acolho o fundamento para o trancamento do referido Inquérito Civil Público no próprio nascedouro. Em consequência, retifico meu voto para acompanhar o e. Desembargador Federal Fábio Prieto, para dar provimento à apelação, concedendo a segurança para decretar o trancamento do ICP, desde a sua instauração e, em consequência, determinar a devolução de todos os documento encartados nos autos.

É o voto.

EMENTA

DIREITO CONSTITUCIONAL – MANDADO DE SEGURANÇA - MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL – ORGANIZAÇÃO E MOVIMENTAÇÃO DA CARREIRA: PROCEDIMENTOS CONSTITUCIONAIS DE PROMOÇÃO E REMOÇÃO, POR CRITÉRIOS INDIVIDUAIS, DE ALTERNÂNCIA DO MERECIMENTO E DA ANTIGUIDADE – GARANTIA DA INAMOVIBILIDADE DAS FUNÇÕES E DO CONTROLE REPUBLICANO DO REGIME DE COOPTAÇÃO DE AGENTES POLÍTICOS - PROCURADOR REGIONAL DOS DIREITOS DO CIDADÃO: INSTAURAÇÃO E DIREÇÃO DE INQUÉRITO CIVIL PÚBLICO, NA QUALIDADE DE ÓRGÃO DE EXECUÇÃO DA INSTITUIÇÃO – INVESTIDURA INCONSTITUCIONAL: PORTARIA DE DESIGNAÇÃO, PARA O EXERCÍCIO PRECÁRIO DA FUNÇÃO, POR DOIS ANOS, EM SISTEMA DE RODÍZIO, MEDIANTE ESCOLHA POR PROCESSO ELETIVO EM ÓRGÃO INEXISTENTE NA ESTRUTURA DO MINISTÉRIO PÚBLICO, SEM QUALQUER CRITÉRIO REPUBLICANO – CARÁTER ILUSÓRIO E ARTIFICIAL DA ELEIÇÃO: SUBMISSÃO DA ESCOLHA À MANIFESTAÇÃO FAVORÁVEL DA PROCURADORIA FEDERAL DOS DIREITOS DO CIDADÃO – PROCEDIMENTOS PREVISTOS EM PORTARIAS DA PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA, EM TEMA RESERVADO, POR LEI COMPLEMENTAR, AO CONSELHO SUPERIOR DA INSTITUIÇÃO – CONCESSÃO DA SEGURANÇA, POR AUSÊNCIA DE CAPACIDADE POSTULATÓRIA.

1. É inconstitucional a investidura precária, por mandato, em sistema de rodízio, de integrante do Ministério Público Federal, para o exercício de funções vinculadas a órgão de execução da Instituição.

2. A investidura realizada por eleição, em órgão inexistente na estrutura do Ministério Público Federal, sem qualquer critério republicano, cujo resultado ilusório e artificial fica sujeito ao exame de outro órgão – típica cláusula de subordinação -, através de previsões adotadas em portarias da Procuradoria-Geral da República, configura afronta ao regime constitucional de garantias e prerrogativas do Ministério Público e da Sociedade.

3. A Constituição Federal, fonte do controle republicano do regime de cooptação de agentes políticos, disciplina a organização e a movimentação da carreira, pelos procedimentos de promoção e remoção, com a previsão dos critérios republicanos e individuais do merecimento e da antiguidade.

4. A designação do agente político é ato final, de formalização burocrática, dos procedimentos de promoção e remoção. A sua previsão normativa não legitima a criação de nova sistemática de cooptação dos agentes políticos, tanto mais quando a própria disciplina da matéria cabe ao Conselho Superior do Ministério Público Federal, não à Procuradoria-Geral da República.

5. Posição harmônica com a assumida, perante o Supremo Tribunal Federal, pela Advocacia-Geral da União e pela Procuradoria-Geral da República - seja quando da propositura da ADI 3946, seja quando do oferecimento do parecer: “resposta

contundente a qualquer tentativa de mitigação ou supressão das funções constitucionais do Ministério Público, ou a qualquer ato vocacionado a intimidar os seus membros”.

6. Inobservância dos precedentes do Supremo Tribunal Federal – ADI 452: impossibilidade da exigência da manifestação favorável de terceiros, para a assunção de cargo, na estrutura do Ministério Público; MS 20.555: antes da Constituição Federal de 1.988, possibilidade da adoção de critérios extravagantes, na movimentação da carreira do Ministério Público da União, quando a Instituição não gozava do atual sistema constitucional de garantias e prerrogativas; RE 100.148 e RE 101.241: antes da Constituição Federal de 1.988, preservação do sistema de movimentação da carreira, pelo procedimento da promoção, nos Ministérios Públicos Estaduais, porque, pela Lei Complementar nº 40/81, gozavam de tal garantia.

7. Irrelevância da adesão ou da submissão do agente político a procedimentos extravagantes de investidura, porque “as garantias e prerrogativas dos membros do Ministério Público da União são inerentes ao exercício das funções e irrenunciáveis” (artigo 21, da Lei Complementar nº 75/93).

8. Ausência de capacidade postulatória do subscritor da portaria de instauração do inquérito civil público e de sua posterior direção.

9. Concessão da ordem, para decretar o trancamento do inquérito civil público, desde a sua instauração, e, em consequência, determinar a devolução de todos os documentos.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, Prosseguindo no julgamento, após a apresentação do voto-vista do Desembargador Federal Fábio Prieto, retificaram seus votos para acompanhá-lo, a Relatora, e o Desembargador Federal Johonsom Di Salvo. Assim, a Sexta Turma, por unanimidade, deu provimento à apelação e concedeu a segurança para decretar o trancamento do inquérito civil público, desde a sua instauração, e, em consequência, determinar a devolução de todos os documentos encartados nos autos. Fará declaração de voto a Desembargadora Federal Diva Malerbi e lavrará o acórdão o Desembargador Federal Fábio Prieto, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Assinado eletronicamente por: FABIO PRIETO DE SOUZA

12/08/2020 22:07:39

<https://pje2g.trf3.jus.br:443/pje/Processo/ConsultaDocumento/listView.seam>

ID do documento: 139345497



2008122207392510000013854064

IMPRIMIR

GERAR PDF