PODER EXECUTIVO — MINISTÉRIO PÚBLICO — CARREIRA — PROMOÇÃO

— O Ministério Público não é órgão jurisdicional, mas administrativo, formando um dos ramos do Poder Executivo.

— O princípio constitucional de promoção de membros do Ministério Público circunscreve-se à primeira instância.

— O provimento em cargo de Procurador da Justiça não concretiza promoção.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SAO PAULO

Impetrantes: José de Barros Bernardes e outros
Mandado de Segurança n.º 72.257 — Relator: Sr. Desembargador JUÁREZ BEZERRA

ACÓRDÃO

Acordam, em sessão plenária do Tribunal de Justiça de São Paulo, por votação unânime, adotado o relatório de fls., neste mandado de segurança n.º 72.257, da comarca de São Paulo, em que são impetrantes os Drs. José de Barros Bernardes, João Marcondes dos Santos, Otávio Moreira Sales, Mário de Assis Moura Júnior, Dario de Abreu Pereira, José de Molina Quartim Filho e Nilton Silva, Promotores Públicos da comarca de São Paulo, e é impetrado o Exmo. Sr. Governador do Estado, conhecer do pedido e denegá-lo, pagas as custas pelos impetrantes.

1. Parece, à Procuradoria Geral da Justiça do Estado, ser caso de não conhecer-se do pedido, por não estar devidamente formulado, dado que os impetrantes não dizem quais os cargos de Procurador da Justiça cuja nomeação intentam invalidar nem qual o ato do Govêrno do Estado que cuidou do provimento.

Mas, os impetrantes, na petição inicial, mencionam 8 preenchimentos de cargos de Procurador da Justiça e se reportam a ato do Govêrno, anexando a fôlha do Diário do Executivo do Estado que o publicou.

No *Diário da Justiça* de fls., há a lista da antigüidade dos membros do Ministério Público do Estado, até 31 de dezembro de 1954, dela constando os nomes de alguns dos impetrantes, entre os primeiros classificados.

Além disso, qualquer que seja a antigüidade dos impetrantes na 4.ª entrância do Ministério Público, na hipótese de vingar a tese que esposam, seria de reconhecer que ficarão prejudicados, visto como tôdas as promoções foram por merecimento, de nada servindo a antigüidade no caso presente e nos futuros.

2. Conquanto prêso ao ordenamento judiciário, o Ministério Público é não órgão jurisdicional, mas administrativo, formando um dos ramos do Poder Executivo, como assinala Pontes de Miranda *(Comentários à Constituição de* 1946, vol. II, Henrique Cahen Editor, Rio de Janeiro, 1947, arts. 125 a 128, 1, pág. 351).

Sem dúvida, a êles se estendem os ditames constitucionais sôbre funcionalismo público (arts. 184 a 186 e 188 a 194 da Constituição federal, de 18 de setembro de 1946).

Atenta, todavia, ao maior grau de independência que se atribui a êsse ramo do Poder Executivo, do que aos demais, a Constituição federal de 1946 dedicou-lhe um título exclusivo.

Nos arts. 125 a 127, cogita da organização do Ministério Público da União.

E, no art. 128, da do Ministério Público estadual: "Nos Estados o Ministério Público será também organizado em carreira, observados os preceitos do artigo anterior e mais o princípio de promoção de entrância a entrância".

As regras do art. 127 são concernentes a ingresso nos cargos iniciais da carreira, a estabilidade e irremovibilidade.

O que interessa à espécie em julgamento é a organização do Ministério Público em carreira com observância do princípio de promoção de entrância a entrância, matéria do art. 128.

Na Assembléia Constituinte, ao discutir-se a Seção VIII do anteprojeto da Constituição federal sôbre o Ministério Público, o Deputado Costa Neto apresentou, ao art. 32, emenda estipuladora de garantias, entre as quais a da "promoção de uma classe a outra, na proporção de um têrço por antigüidade e dois terços por merecimento, exceto quanto à última, em que o critério será só o do merecimento".

Foi a emenda combatida pelos Deputados Mário Masagão e Nereu Ramos e, a final, rejeitada (José Duarte, *A Constituição Brasileira de 1946*, 2.º vol, 1947, Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, art. 125, pág. 462).

Não sofre dúvida: a Constituição federal é absolutamente omissa quanto ao modo como devam ser efetuadas as promoções no Ministério Público. Apenas institui a carreira, ressaltando o princípio da promoção de entrância a entrância.

Considera, o art. 6.º do Decreto-lei n.º 1.713, de 28 de outubro de 1939, carreira o "conjunto de classes da mesma profissão, escalonadas segundo os padrões de vencimentos".

Êsse conceito, repete-o, no art 7.º, o novo Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União (Lei n.º 1.711, de 28 de outubro de 1952): "Carreira é um agrupamento de classes da mesma profissão ou atividade, com denominação própria".

E classe é "agrupamento de cargos da mesma profissão ou atividade e de igual padrão de vencimento" (Lei n.º 1.711, art. 6.º).

As entrâncias da Organização Judiciária, categorias de comarcas, coincidem, para os efeitos de promoção, com as classes dentro do funcionalismo em geral.

Como o art. 128 da Constituição federal agasalhou o princípio de "promoção de entrância a entrância", deduz-se que, na carreira do Ministério Público, é apenas constitucionalmente obrigatório o princípio de promoção, quando se cogita de vaga de entrância superior.

Porquanto instância não é classe, mas, sim, grau de jurisdição é de entender que, no provimento de cargo de segunda instância, facultado será, ao legislador estadual, deixar de aproveitar elementos do Ministério Público.

O princípio constitucional, pois, de promoção de membros do Ministério Público circunscreve-se à primeira instância.

E a razão doutrinária ou prática não existiria, para que a Constituição federal transplantasse para a instância superior o mesmo princípio, com tôda a inflexibilidade com que é êle proclamado no art. 728.

A Constituição cerca a Magistratura de um máximo de garantias, mas, apesar disso, a regra do aproveitamento dos magistrados na composição dos Tribunais sofre sérias restrições.

A promoção dos juízes far-se-á de entrância para entrância, alternadamente. No entanto: a) quanto ao merecimento dos juízes da entrância mais alta, é rompida a prescrição, podendo ser indicado para o Tribunal de Justiça juiz de qualquer entrância; b) quanto à antigüidade, poderá ela ser banida pelo veto do nome do juiz mais antigo da última entrância.

Acresce que os membros da Magistratura de primeira instância, embora de última entrância e aureolados de excep-

cional merecimento ou com a maior antigüidade, são alijados do Tribunal na proporção de um quinto que será suprido de advogados ou representantes do Ministério Público (Constituição federal, art. 124, ns. IV e V).

Por que a Constituição federal iria outorgar mais regalias aos membros do Ministério Público, do que aos magistrados, no atinente ao princípio de promoção?

O ingresso no Tribunal de Justiça não consubstancia pròpriamente uma promoção. Denomina-a a Constituição federal, no art. 124, n.º IV, de "acesso".

Por êsse motivo, têm "acesso" ao Tribunal de Justiça, tanto magistrados de primeira instância, como elementos estranhos à Magistratura.

Como se trata de nova investidura, o magistrado presta novo compromisso para o desempenho do cargo, contràriamente às promoções dentro da primeira instância em que o compromisso deferido para o cargo inicial servirá para os demais.

O mesmo acontece com o Ministério Público de segunda instância. O provimento em cargo de Procurador da Justiça não caracteriza promoção. E' um acesso, em que se exige compromisso específico. Acertadamente, as leis paulistas intitulam de "nomeação" o provimento do aludido cargo.

O princípio de promoção dos membros do Ministério Público, estampado no art. 128 da Constituição federal, é, portanto, de rigorosa aplicação tão-sòmente na primeira instância, não traduzindo o provimento de cargo de segunda instância "promoção de entrância a entrância".

3. Embora se interprete o art. 128 como ampliando o princípio de promoção até a segunda instância do Ministério Público, ainda assim será de concluir pelo nenhum amparo da aludida norma constitucional à pretensão dos impetrantes.

O art. 128 tornou obrigatória, nos Estados, a organização do Ministério Público em carreira, mediante o princípio de promoção. Mas, não fixou os sistemas de promoção.

O direito à carreira não se confunde com os critérios de promoção. A carreira é aglomeração de classes, em ordem crescente de valor. Desde que não haja, relativamente às classes, saltos no preenchimento das vagas entre os próprios membros do Ministério Público ou não sejam empregados nelas elementos a êle estranhos, respeitado está o princípio de promoção.

Silencia o art. 128 quanto ao critério que os Estados possam adotar: só merecimento, só antigüidade, alternativa entre merecimento e antigüidade ou determinada proporção entre merecimento e antigüidade. Qualquer dêsses critérios é absolutamente estranho á ordenação.

A Lei federal n.º 1.341, de 30 de janeiro de 1951, que organiza o Ministério Público da União, a despeito de, no art. 5.º, regular que as promoções se farão, alternativamente, por antigüidade de classe e merecimento, acenta no parágrafo único do art. 2.º, que "o cargo de Subprocurador Geral da República será provido por merecimento, dentre os procuradores colocados nos dois primeiros terços da categoria imediatamente anterior por ordem de antiguidade".

À União compete legislar sôbre a forma de promoção dos membros do seu Ministério Público.

Tratando-se de Ministério Público dos Estados, essa atribuição é do Legislativo local.

4. O Título VIII da Constituição federal, respeitante a funcionários públicos, emudece acêrca de promoção.

A Constituição do Estado de São Paulo, de 9 de julho de 1947, no art. 86, explana o como devem ser feitas as promoções dos funcionários públicos: "Para as promoções, observar-se-ão, obrigatòriamente em conjunto, nos têrmos estabelecidos por lei, as seguintes condições: 1) mérito: 2) tempo de serviço; 3) tempo no cargo; 4) idade; 5) encargos de família".

Regulamentando êsse art. 86, a Lei n.º 569, de 29 de dezembro de 1949, estabeleceu, no art. 14, que, "nas promoções, predominarão, alternativamente, a antigüidade e o mérito".

A Lei n.º 569 não se aplica ao Ministério Público, já porque a êle não se refere, já porque apenas regula o art. 86 da Constituição paulista, não compreensivo, por seu turno, do mesmo Ministério Público.

A dita Constituição de São Paulo é categórica no positivar que "o Ministério Público será organizado em carreira por lei especial" (art. 59).

O argumento contrário de que o art. 57 da Lei n.º 569 não excluiu expressamente o Ministério Público não tem valor. Aí também não se alude à Magistratura. Mas ninguém ousará dizer que as promoções dos juízes se regerão pela citada lei.

As leis reguladoras do funcionalismo público em geral sòmente valem para o Ministério Público, subsidiàriamente.

Desde que sôbre êle haja leis especiais, estas é que serão observadas.

Na órbita federal, o Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União, baixado na vigência da Constituição de 1946 (Lei n.º 1.711, de 28 de outubro de 1952), assim se exprime no art. 253: "Aos membros do Magistério, do Ministério e da carreira de diplomata, regidos por leis especiais, serão aplicadas, subsidiàriamente, as disposições dêste Estatuto".

Como acima já se declarou, a Lei Orgânica do Ministério Público da União é a de n.º 1.341, de 30 de janeiro de 1951, que, no art 2.º, parágrafo único, firma o critério de provimento do cargo de Subprocurador Geral da República exclusivamente por merecimento, ao passo que, pelo citado Estatuto dos Funcionários, art. 39: "A promoção obedecerá ao critério de antigüidade de classe e ao merecimento, alternadamente, salvo quanto à classe final de carreira, em que será feita à razão de um têrço por antigüidade e dois terços por merecimento".

5. Incontestàvelmente, no Estado de São Paulo o Ministério Público está formado de duas instâncias, pertencendo à segunda o Procurador Geral da Justiça e os Procuradores da Justiça.

O Decreto estadual n.º 9.392, de 5 de agôsto de 1938, instituiu o Código do Ministério Público de São Paulo.

No art. 1.º enumera os órgãos do Ministério Público, entre os quais o Procurador Geral do Estado e o Subprocurador Geral do Estado. O último, nos têrmos do art. 7.º, "será nomeado em comissão entre os membros do Ministério Público do Estado, mediante indicação do Procurador Geral do Estado".

Pelo Decreto n.º 10.000, de 24 de fevereiro de 1939, continuou a ser nomeado em comissão, dentre os membros do Ministério Público, o Subprocurador Geral do Estado (art. 9.º).

O Decreto-lei n.º 11.058, de 26 de abril de 1940, criou mais dois cargos de Subprocurador, de livre nomeação e demissão do Govêrno, sendo que dos três cargos dois seriam ocupados por membros do Ministério Público e o restante por bacharel em Direito estranho ao quadro (arts. 42, 43 e 44).

Com o Decreto-lei n.º 14.995, de 3 de setembro de 1945, advieram três cargos de Subprocurador Geral (art. 1.º).

Consoante o art. 2.º "os cargos de Subprocurador Geral serão providos em caráter efetivo por promotores ou curadores de 4.ª entrância escolhidos pelo Chefe do Poder Executivo dentre aquêles que figurarem em lista de merecimento, organizada pelo Conselho Superior do Ministério Público.

O Decreto-lei n.º 15.331, de 20 de dezembro de 1945, explicou, no art. 1.º, que "o Ministério Público de segunda instância é constituído do Procurador Geral e dos Subprocuradores Gerais do Estado". E, no art. 5.º trouxe outro cargo de Subprocurador Geral, cujo provimento "será feito por nomeação do Chefe do Poder Executivo, entre os Promotores e Curadores de 4.ª entrância, indicados em lista tríplice pelo Conselho Superior do Ministério Público, dando-se preferência aos que tiverem exercido por mais de 2 anos funções de adido à Procuradoria Geral do Estado".

Pelo Decreto-lei n.º 17.109, de 12 de março de 1947, houve o acréscimo de 2 cargos de Subprocurador Geral "que serão providos nos têrmos da legislação vigente".

Por último, o art. 42, *a*, da Lei n.º 2.873, de 21 de dezembro de 1954, criou mais 8 cargos de Procurador da Justiça.

6. Do provimento dêsses 8 cargos, feito na conformidade do art. 2.º do Decreto-lei nº 14.995, de 3 de setembro de 1945, é que se impetra o mandado de segurança.

Na vigência da Constituição paulista, o art. 2.º do Decreto-lei n.º 14.995 foi ratificado pela Lei n.º 10, de 13 de novembro de 1947. Selando o seu art. 3.º

a competência do Conselho Superior do Ministério Público deferida pela legislação em vigor, implìcitamente confirmou a de organizar lista de merecimento para prover-se cargo de Procurador da Justiça, estatuída naquele art. 2.º.

Como amplamente já se expôs, o critério de provimento dos cargos de Procurador da Justiça por merecimento, longe de infringir princípios da Constituição federal ou da paulista, com êles afina.

O ato do Govêrno do Estado que proveu os oito cargos de Procurador da Justiça não violou direito líquido e certo dos impetrantes.

São Paulo, 8 de junho de 1955 — *Gomes de Oliveira*, Presidente — *Juárez Bezerra*, Relator — *Teodomiro Dias — J. M. Gonzaga — Frederico Roberto — Leme da Silva — Márcio Munhós — Amorim Lima — Pinto do Amaral — A. de Oliveira Lima — J. Augusto de Lima — Vasconcelos Leme — Davi Filho — Prado Fraga — Trasíbulo de Albuquerque — Augusto Neri — Otávio Lacôrte — Samuel Francisco Mourão — Alcides Faro — Minhoto Júnior — Luís Morato — Olavo Guimarães — Cantidiano de Almeida — Pinheiro Machado — J. C. Ferreira de Oliveira — Sousa Queirós — Acácio Rebouças — Arlindo Pereira Lima* — Foi voto vencedor o do Sr. Desembargador Breno Caramuru.