MINISTÉRIO PÚBLICO — CONCURSO — BRASILEIRO NATO

— É inconstitucional a exigência, de lei estadual, de ser brasileiro nato o candidato a cargo de Ministério Público.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

Impetrante: Luís Gomes

Mandado de Segurança n.º 90.351 — Relator: Sr. Desembargador

DIMAS DE ALMEIDA

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de mandado de segurança n.º 90.351, da comarca de São Paulo, em que é impetrante Luís Gomes e impetrado o Exmo. Sr. Presidente do Conselho Superior do Ministério Público do Estado: Acordam em Sessão Plenária do Tribunal de Justiça do Estado, por maioria de votos e nos têrmos do art. 200 da Constituição Federal de 1946 julgar inconstitucional o art. 17, n.º I da lei estadual n.º 2.878, de 21 de dezembro de 1954.

Custas como de direito.

Adotam como fundamentos desta decisão, aquêles expendidos no venerando acórdão de fls., da Egrégia Sexta Câmara Civil; e os contidos no venerando acordão do Tribunal Pleno, no mandado de segurança n.º 80.928 desta Capital, mais os expendidos pela declaração de voto vencedor do Des. Cantidiano de Almeida, nesse último julgado referido.

São Paulo, 25 de fevereiro de 1959 — *J. M. Gonzaga*, presidente — *Dimas de Almeida*, relator — *Frederico Roberto* — *Pedro Chaves* — *Pinto do Amaral*, vencido — *A. de Oliveira Lima* — *Vasconcellos Leme* — *David Fiho*, vencido — *Joaquim de Sylos Cintra* — *Raphael de de Barros Monteiro* — *Prado Fraga*, vencido — *O. Costa Manso* — *E. Custódio da Silveira*, vencido — *Samuel Francisco Mourão*, vencido — *Alcides Faro* — *Olavo Guimarães* — *Cantidiano de Almeida* — *Paulo Barbosa* — *Carvalho Pinto* — *Martins Ferreira*, vencido — *Euler Bueno* — *R. F. Ferraz de Sampaio* — *J. B. de Arruda Sampaio*, vencido, de acôrdo com voto anterior proferido no mandado de segurança n.º 80.928 — *O. A. Bandeira de Mello* — *Djalma Pinheiro Franco* — *J. Cavalcanti Silva* — *J. Vilhena*, vencido — *S. Queiroz* — *Vieira Neto* — *J. C. Ferreira de Oliveira* — *Sylvio Barbosa*, vencido — *Ítalo Galli* — *M. Guimarães* — *Juárez Bezerra*, vencido de acôrdo com a seguinte declaração de voto: Cuida-se da aplicação do art. 17, n.º I, da lei esta-

dual n.º 2.878, de 21 de dezembro de 1954, pelo qual, ao inscrever-se no concurso para Promotor Público Substituto, deve o candidato provar "ser brasileiro nato".

O inciso legal citado não pode ser havido como manifestamente inconstitucional.

Sem dúvida, os brasileiros a que se tornam acessíveis os cargos públicos, nos têrmos do art. 184 da Constituição Federal, de 18 de setembro de 1946, são tanto os natos, como naturalizados.

Mas, como decidiu o Egrégio Tribunal Pleno no mandado de segurança n.º 90.049 (*), da Capital em acórdão da lavra do Des. Euclides Custódio da Silveira, a expressão "cargos públicos", contida no mandamento constitucional citado, não abrange, irrestritamente, tôdas e quaisquer funções públicas.

A própria Constituição firma, explicitamente, exceções à regra geral, exigindo sejam brasileiros natos os Deputados e Senadores (art. 38, parágrafo único); o Presidente da República (art. 80, parágrafo único); os Ministros de Estado (art. 90); os Ministros do Tribunal Federal de Recursos (art. 103); o Procurador Geral da República (art. 126).

Pelas exceções expostas se verifica que as funções meramente administrativas podem ser exercidas por brasileiro, seja nato, seja naturalizado.

Em se cogitando de funções estatais e políticas, pode-se impor sejam reservadas aos brasileiros natos.

Examinando o assunto, explica judiciosamente Alaim de Almeida Carneiro ("Rev. de Dir. Administrativo", vol. VIII, 1947, o capítulo dos funcionários públicos na nova Constituição Federal, pág. 369):

"Em face do exposto, pode-se afirmar a inconstitucionalidade de lei que, regulando o provimento dos cargos públicos, em geral, exigisse, como condição absoluta, a qualidade de brasileiro nato ou fixasse um prazo de carência após a naturalização.

Claro está, no entanto, que não se pode questionar sôbre a constitucionalidade de lei que, no interêsse da Administração ou da segurança nacional, limitasse aos cidadãos natos o acesso a certos e determinados cargos públicos.

Também a Constituição argentina, como já vimos, assegura a todos, nacionais ou estrangeiros, o acesso aos cargos públicos, mas, nem por isso, se inquina de inconstitucional a lei que considera determinados cargos acessíveis apenas aos nacionais.

O fato da Constituição exigir, expressamente, a cidadania para determinados cargos, diz Bullrich, "não impede que a lei ordinária possa exigi-la para outros".

Com efeito, prescreve o art. 28 da Constituição argentina: "La Nación Argentina no admite diferencias raciales, prerrogativas de sangre ni de nascimiento; no hay em ella fueros personales ni títulos de nobleza. Todos sus habitantes son iguales ante la ley y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad",

Não obstante, como acentua Rafael Bielsa ("Derecho Administrativo", 5.ª ed., Tomo III, Buenos Aires, Roque Depalma Editor, 1956, n.º 453, pág. 79): "Pero esto no significa que la ciudadania no sea exigible como requisito de idoneidad".

No mesmo sentido, discorre B. Villegas Basavilbaso ("Derecho Administrativo", III, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1951, n.º 288, pág. 364): "Además, para algunos empleos y funciones públicos, el requisito de la ciudadania es indispensable".

No n.º 289, pág. 366, da obra citada, continua Basavilbaso: "La ciudadania, salvo en los casos expresamente estatuidos por la Constitución, no es un requisito indispensable para el ejercicio de los empleos y funciones públicos. El texto de la ley Fundamental — artículo 28 — establece claramente: todos los habitantes son admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad. Esta norma no hace ninguna distinción entre argentinos y extranjeros, y cuando la prescribe lo dice sin dar lugar a interpretación alguna. La Constitución exige la condición de ser argentino nativo para ser elegido presidente o vice-presidente de la Nación (artículo 77), ministro secretario de Estado (artículo 84), ministro de la Corte Suprema de Justicia (artículo 92) y senador (artículo 48), y la de ser argentino nativo o naturalizado, para ser diputado (artículo 43).

(*) "Revista dos Tribunais", vol. 283, pág. 475.

Así, pues, no podría haber restricción legal y mucho menos reglamentaria en lo concerniente al texto en examen, por cuanto como derecho reconocido por la Constitución, no puede ser alterado por las leyes que reglamenten su ejercicio (artículo 35). Desde este punto de vista la exclusión del extranjero puede ser cuestionada. No obstante, si bien el requisito de la ciudadania no existe "de iure", puede existir de facto por cuanto el órgano presidencial que tiene la facultad de nombrar y remover los empleados de la administración nacional (Constitución, artículo 83, inciso 10), puede exigirlo como requisito previo al nombramiento.

Esta interpretación rigurosamente ortodoxa de la norma constitucional está en contradicción no solamente con la legislación en la materia que para la mayor parte de los empleos y funciones públicos exige la condición de la ciudadania, si no también con el mismo concepto de idoneidad. Considerada la idoneidad como la capacidad o suficiencia para una cosa, según su significación gramatical, esa capacidad o suficiencia que es la única condición que impone la Constitución al habitante para su admisión a los empleos públicos, no debe ser, en opinión del autor, una cualidad abstrata sino concreta, esto es, ha de ser juzgada con relación a la diversidad de las funciones y empleos. Y ese juzgamiento no ha de ser referido únicamente a las aptitudes técnicas, físicas y morales del sujeto, sino también a la ciudadania que, como bien afirma Bielsa, puede ser exigible como requisito de idoneidad".

Pelos motivos expostos é que a legislação federal vem exigindo — para o exercício de determinadas funções estatais e politicas, além das discriminadas na Constituição Federal — o requisito de ser o servidor brasileiro nato.

Haja vista o caso da carreira de Diplomata, em cujo ingresso é indispensável a qualidade de brasileiro nato (lei n.º 2.171, de 18 de janeiro de 1954, art. 1.º; decreto n.º 38.735, de 30 de janeiro de 1956, art. 4.º, decreto n.º 38.735, de 30 de janeiro de 1956, art. 30). E note-se que a exigência abrange também a mulher do Diplomata (cit. lei n.º 2.171, parágrafo único do art. 1.º).

Não exerce o Ministério Público funções puramente administrativas.

O Ministério Público vela pela observância das leis, na tutela dos interêsses do Estado, de determinadas instituições e dos incapazes.

É o órgão que representa o interêsse público no funcionamento da Justiça.

Se a prescrição de ser brasileiro nato deflui na natureza das funções e da importância política que o desempenho delas tem, é de inferir ser aquela cabível relativamente aos membros do Ministério Público.

Cumpre ser brasileiro nato o Procurador Geral da República (Constituição Federal, art. 126).

Como, nos Estados, se organiza o Ministério Público com observância dos princípios constitucionais concernentes ao Ministério Público da União (Constituição Federal, art. 128), é de aceitar a exigência de o Procurador Geral da Justiça nos Estados ser brasileiro nato.

Desde que em São Paulo o Procurador Geral da Justiça é tirado dentro os Procuradores da Justiça, resulta a necessidade de serem êstes também brasileiros natos.

Sendo os cargos de Procurador da Justiça preenchidos por promoção de membros do Ministério Público de primeira instância, pelos motivos acima expostos deverão ser êstes brasileiros natos.

Deu êste Tribunal de Justiça pela constitucionalidade da lei estadual n.º 2.776, de 11 de novembro de 1954, que impôs a qualidade de brasileiro nato ao concorrente a cargo inicial da Magistratura Paulista.

Ora, pelo art. 124, n.º V, da Constituição Federal, na composição dos tribunais, um quinto dos lugares será preenchido por advogados e membros do Ministério Público.

Se não se exige a qualidade de brasileiros natos aos membros do Ministério Público, seguir-se-á que constituirão êles duas classes: a dos brasileiros natos, que podem ter acesso aos tribunais; e a dos naturalizados, que não poderão tê-lo.

O art. 31 n.º I, da Constituição Federal não tem aplicação ao caso. Apenas impede que sejam criadas distinções entre brasileiros de um Estado e de outro.

Denego a medida, pagas as custas pelo impetrante.