

JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS

FUNCIONÁRIO PÚBLICO — DIPLOMATA — CASAMENTO

— O art. 3.º do Decreto-lei n.º 9.202, de 1946, que dispõe sobre o casamento de funcionários da carreira de diplomata foi revogado pela Constituição.

TRIBUNAL FEDERAL DE RECURSOS

Requerente: Teodomiro Tostes

Mandado de segurança n.º 109 — Relator: Sr. Ministro
ARTUR MARINHO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de mandado de segurança n.º 109, do Distrito Federal, em que é requerente Teodomiro Tostes:

Acordam os Ministros do Tribunal Federal de Recursos, em, preliminarmente, repelir, por unanimidade de votos, a arguição de falta de qualidade do impetrante para o exercício da demanda e, por maioria, a da exigência de prévia reclamação administrativa e, no mérito, ainda por maioria de votos, em conceder o mandado, tudo nos termos do relatório e votos constantes das notas taquigráficas anexas.

Custas *ex-lege*.

Rio, 28 de março de 1949. — Afrânio Antônio da Costa, Presidente. — Armando Prado, Relator *ad hoc*.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Artur Marinho — No mandado de segurança ora em julgamento, o impetrante formulou a seguinte petição inicial:

“Teodomiro Tostes, brasileiro, solteiro, 1.º Secretário da Embaixada do Brasil em La Paz, vem, com fundamento no art. 104, letra *b* da Constituição Federal, perante este Colendo Tribunal impetrar mandado de segurança contra

o ato do Exmo. Sr. Ministro de Estado das Relações Exteriores que, obediente ao disposto no art. 3.º do decreto-lei 9.102, de 26 de abril de 1946, negou permissão ao requerente para contrair matrimônio com a senhorita Mary Kler, residente nesta capital e funcionária da Vice-Presidência da Comp. de Carris, Luz e Fôrça do Rio de Janeiro Ltda.

Domiciliada no Brasil desde 4 anos de idade, pois aqui chegou em 1925, obteve título de naturalização brasileira em 2 de fevereiro de 1947 (doc. número 1).

Seus pais Nicolau Bruno Kler e Olga Kler são também brasileiros naturalizados desde 1932 (docs. 2 e 3), tendo chegado a esta cidade também em 1925, fugindo à perseguição bolchevista, de cujas fôrças esteve prisioneiro durante dois anos, por ter sido militar e pertencido à guarda do Czar Nicolau II. Exerce atualmente as funções de engenheiro no Rio Grande do Sul e tem dois filhos nascidos no Brasil, um deles funcionário da Panair e outro candidato a matrícula na Escola de Aeronáutica.

O decreto-lei 9.102 estabelece em seu art. 3.º: “Os funcionários da carreira diplomática só poderão casar com brasileira nata, e mediante autorização do Ministro de Estado”.

Ora, não fazendo a Constituição diferença alguma entre brasileiros de ori-

gem e naturalizados, pois, como ensina Maximiliano em seus Comentários, 3.^a ed., fls. 462: “a naturalização consiste em conferir a um estrangeiro as prerrogativas de brasileiro nato” e mais adiante: “o Código Supremo apenas limita a capacidade passiva do sufrágio, não a ativa, nem tão pouco os direitos civis, que são assegurados, com absoluta igualdade a nacionais e estrangeiros”, claro está que o decreto-lei é inconstitucional, como expressamente reconhece o ilustrado Consultor Jurídico do Ministério do Exterior, em seu brilhante parecer, cuja certidão vai anexa ao presente (doc. n.º 4), muito embora conclua pela denegação da licença pedida, por não caber ao Executivo declarar a inconstitucionalidade das leis, mas reconhecendo, de acordo com a lição de Rui Barbosa, em Atos Inconstitucionais, fô-lhas 44, que: “tôda medida legislativa ou executiva que desrespeite preceitos constitucionais é nula”.

E se nula é a lei e nulo o seu efeito, tem o requerente o direito líquido e certo de contrair casamento com brasileira naturalizada, direito este que lhe é garantido pelo mandado de segurança, *ex vi* do disposto no art. 141 da Constituição.

Nestes termos, espera o requerente, que, notificado o Exmo. Sr. Ministro das Relações Exteriores e ouvido o Exmo. Sr. Subprocurador da República, cumpridas as demais formalidades legais, lhe seja concedido o mandado requerido, como é de direito e Justiça.

Rio de Janeiro, 7 de maio 948. — p. p. Tancredo Tostes — Insc. 1.634 — Para efeito da taxa judiciária, dá-se o valor dois mil cruzeiros — T. Tostes”.

A autoridade apontada como coatora, o Sr. Ministro das Relações Exteriores, prestou as seguintes informações:

“Senhor Ministro:

Tenho a honra de acusar o recebimento do ofício de Vossa Excelência datado de 28 de maio, no qual me são pedidas informações sobre o mandado de segurança n.º 109 requerido pelo Secretário da Embaixada Teodomiro Tostes ao Tribunal Federal de Recursos.

2. A questão suscitada nesse mandado de segurança é se ainda continua em vigor o preceito do art. 3.º do decreto-lei n.º 9.202, de 26 de abril de 1946, que só permite o casamento de Diplomata com brasileira nata.

3. A Constituição vigente aboliu as distinções entre os brasileiros natos e naturalizados, salvo nos casos que especifica, entre os quais não se compreende o que está previsto nesse decreto-lei.

4. Nesse sentido opinou o Consultor Jurídico deste Ministério em parecer com que o requerente do mandado de segurança instruiu o seu pedido. Nesse parecer, todavia, o mesmo Consultor opinou que, salvo casos muito excepcionais, não deve o Governo, por sua própria autoridade, reconhecer ou declarar a inconstitucionalidade das leis. Isto para evitar que, estando em erro de apreciação, e resolvendo pela inconstitucionalidade a favor da parte interessada, fique esse erro sem possível corretivo, pois que, nessa hipótese, não se abrirá ensejo a pleito judicial, em que o Poder Judiciário exerça a sua função de controle da constitucionalidade das leis.

5. Com esse motivo, indeferi o pedido do Secretário Tostes, deixando, a este, livre o caminho para obter do Poder competente a declaração de insubsistência do decreto-lei n.º 9.202, no ponto de que se trata.

Aproveito a oportunidade para apresentar a V. Excia. os protestos de minha perfeita estima e distinta consideração — Raul Fernandes.

A Sua Excelência o Sr. Ministro Artur Marinho, Tribunal Federal de Recursos”.

Opinando, o eminente Sr. Dr. Subprocurador Geral da República assim se manifestou:

“I — Os fundamentos da inicial, assim como os do Parecer transcrito a fls. 8-10 v., não servem para o deslinde do debate, em que se apresenta funcionário público pleiteando o direito de casar-se com brasileira naturalizada.

Efetivamente, aqueles douts trabalhos sustentam a inconstitucionalidade

do art. 3.º do decreto-lei 9.202, de 26-4-46, no pressuposto da impossibilidade de estabelecer a lei distinções, além das expressamente figuradas na Constituição, entre brasileiros natos e naturalizados.

O direito líquido e certo a exigir proteção seria, a evidência, então, no caso, da brasileira naturalizada. Não é ela, entretanto, a impetrante do mandado de que decorreria, com a concessão, pedida por outrem, a declaração, em tese, da inconstitucionalidade da lei, prática inadequada, segundo entendimento reiterado do Egrégio Supremo Tribunal Federal e, mesmo, do Colendo Tribunal Federal de Recurso.

“II — Resta apreciar, daí, a situação do impetrante diante do malsinado dispositivo legal

“Não nos parece que, no tocante, haja eiva de inconstitucionalidade — e muito menos líquida e certa.

Trata-se, já vimos, de funcionário público — aliás escritor de grandes méritos — impedido de casar-se com brasileira naturalizada, à vista de dispositivo regulamentar da carreira diplomática.

Ora, diante da segunda parte do artigo 184 da Constituição, que assegura à lei a faculdade de estabelecer condições para o provimento dos cargos públicos, aquêle dispositivo não pode merecer críticas.

“O incriminado art. 3.º do decreto-lei 9.202 consubstancia apenas uma das muitas condições, conhecidas e inatacáveis, no tema.

Peculiaridade da carreira em aprêço, tem, por outro lado, em seu prol, fundadas e visíveis razões que, todavia, não vem a pêlo esmiuçar aqui.

“Assim, no relativo ao impetrante — e só dêste cabe cogitar no momento — nenhum direito líquido e certo foi exibido.

“III — Somos, dessarte pela denegação do pedido — pelo menos, tal como está formulado — não sem antes mencionar a circunstância preliminar figurada no art. 320, n.º II do Código de Processo Civil, eis que não foi exercitado recurso do ato ministerial, para a

Presidência da República, possível, de resto, dada a natureza de espécie, sem as dificuldades referidas naquele texto. Rio de Janeiro, 29 de junho de 1948. — *Alceu Barbedo*, Subprocurador Geral da República”.

O mais é documentário do impetrante, visando provas de suas alegações de fato, tôdas incontestadas. Há também um parecer do provecto Consultor Jurídico do Ministério do Exterior, Dr. Levi Carneiro, pronunciando-se pela inconstitucionalidade da disposição questionada, nada obstante desaconselhando que o Ministro deferisse o pedido do impetrante enquanto o Judiciário não se manifestasse em concreto: ao Executivo não cabe negar aplicação às leis que se considerem contrárias à Lei Suprema.

Agita-se, pois, uma questão de incompatibilidade entre preceito de lei ordinária anterior à Constituição de 1946 e preceito desta. A meu ver, o problema se equipara ao de alegação de inconstitucionalidade de lei, pois tanto faz que a legislatura atente contra a Constituição quanto que se pretenda aplicar lei anterior contrária à Constituição nova, ou a nova ordem criada por esta. Em consequência, proponho uma prática do art. 97 do Regimento Interno dêste Egrégio Tribunal, sobrestando-se o julgamento iniciado.

E' o Relatório, seguido da proposta que peço seja submetida a voto desde já.

1.ª QUESTÃO DE ORDEM

O Sr. *Ministro Artur Marinho* (Relator) — Sr. Presidente, peço a palavra pela ordem.

Dou notícia ao Tribunal por intermédio de V. Excia. que, como Relator do mandado de segurança n.º 109, originário, aqui estão os autos, e estou pronto para relatá-lo, começando o julgamento. Mas, conforme a declaração que V. Excia. acaba de fazer, o Tribunal não está constituído pela totalidade de seus membros.

Vou propor a medida do art. 97 do Regimento Interno. V. Excia. dignar-se-á a chamar para julgamento o man-

dado de segurança n.º 109, caso entenda que possa fazê-lo, ou aguardará para a próxima oportunidade, se assim fôr deliberado.

1.ª QUESTÃO DE ORDEM

O Sr. Ministro Armando Prado (Presidente) — Há na pauta o recurso de mandado de segurança n.º 63, adiado, como anunciei, da sessão passada. Parece-me que este julgamento deve preferir ao anunciado pelo Sr. Ministro Artur Marinho.

Depois do julgamento dêsse recurso de mandado de segurança, tomarei uma deliberação com referência ao processo a que S. Excia. se refere.

1.ª QUESTÃO DE ORDEM

O Sr. Ministro Sampaio Costa — Pela ordem, Sr. Presidente. A esse respeito, peço vênia a V. Excia. para esclarecer o meu pensamento sobre a interpretação regimental. A mim me parece que a preferência dada aos processos de julgamento adiados é dentro da classe respectiva constante do seguimento da pauta. Esse é agravo de petição, no entanto, o mandado de segurança prefere a todos os outros processos. De forma que os processos que ficam em suspenso por adiamento de voto tem preferência dentro de sua classificação e não na ordem do julgamento.

O Sr. Ministro Macedo Ludolf — A preferência deve ser dada nessa hipótese. Agora, quando o processo não entra no julgamento da sessão, aí sim, deve ser obedecida a ordem. Na hipótese, já tinha sido iniciado o julgamento. A preferência é absoluta, em virtude do início do julgamento. V. Excia. tem razão quanto a outra parte: desde que o julgamento não tenha sido iniciado, temos de obedecer à ordem que o Regimento manda observar.

O Sr. Ministro Cunha Vasconcelos — Aliás, há que se atender às próprias expressões do Regimento. A meu ver, a preferência não é absoluta. Não prefere àqueles que, por força do próprio Regimento, têm preferência absoluta como são os mandados de segurança, seus recursos e os *habeas-corpus*. A pre-

ferência que o Regimento dá aos processos adiados ou interrompidos por pedido de vista é sobre aqueles que estiverem com dia, quer dizer, sobre aqueles que dependem de marcação de dia para julgamento. V. Excia., Sr. Ministro Sampaio Costa, pode ler o artigo novamente.

1.ª QUESTÃO DE ORDEM

O Sr. Ministro Armando Prado — Eu atendo. Art. 75:

“O julgamento que houver sido suspenso ou adiado, com pedido de vista, prosseguirá, com preferência sobre os dos demais processos com dia, logo que os autos sejam devolvidos, ou cesse o motivo de suspensão”.

O Sr. Ministro Cunha Vasconcelos — Sobre os demais processos com dia, quer dizer, aqueles que não dependem de dia têm a preferência absoluta. Resolvidos estes, os adiados com dia na pauta têm preferência sobre os demais. Assim me parece.

O Sr. Ministro Artur Marinho — Eu não pedi preferência para o julgamento do mandado de segurança n.º 109. Só denunciei que estava pronto a julgar, para governo de V. Excia.; não pedi preferência alguma para o mandado de segurança n.º 109.

O Sr. Ministro Cunha Vasconcelos — Também não estou compreendendo que V. Excia. esteja pedindo preferência. Estamos falando na preferência legal.

O Sr. Ministro Artur Marinho — Dou este esclarecimento porque S. Excia. o Sr. Presidente fez considerações em torno do Regimento e a seguir como uma conclusão, ia mencionando o mandado de segurança n.º 109, que eu denunciei como pronto para julgar.

O Sr. Ministro Armando Prado — Uma vez que se anunciara a presença do processo, eu teria de tomar uma determinação quanto à sua chamada, na ordem em que deveria ser submetido ao Tribunal. De modo que, recorri ao Regimento para saber quando e em que condições poderia pôr em julgamento o mandado de segurança originário.

O Sr. Ministro Macedo Ludolf — V. Excia. observou muito bem, porque,

realmente, o pedido originário tem preferência sobre recurso de mandado de segurança. Justamente é a matéria que está na pauta hoje: recurso de mandado de segurança. O processo do Ministro Artur Marinho tem preferência sobre os demais que estão na pauta.

O Sr. Ministro Armando Prado — Preferência também sobre aqueles cujo julgamento haja sido adiado?

O Sr. Ministro Artur Marinho — Isso é continuação do julgamento anterior e não preferência.

O Sr. Ministro Macedo Ludolf — Parece-me que sim. Parece-me que a preferência envolve até o caso a que V. Excia. se refere. Porque se fala em dia.

O Sr. Ministro Sampaio Costa — É o meu ponto de vista. Os mandados de segurança, quando originários, não têm pauta, não têm dia; são relatados e julgados na ocasião em que o Relator se manifesta apto a fazê-lo. De forma que o dispositivo do art. 75 pode ser interpretado, mas, do ponto de vista explícito, nada consta. O processo de *habeas-corpus*, como de mandado de segurança originário, tem preferência sobre os demais processos, sendo que os de *habeas-corpus* têm preferência sobre os de mandado de segurança. De forma que esses processos, em aparecendo, devem ser imediatamente julgados; depois, então, na ordem da pauta, vêm os processos adiados — os que já têm andamento anterior serão julgados de preferência. Esta a minha interpretação. Por isso submeti à consideração de V. Excia. No entanto, se o Tribunal julgar de maneira contrária...

O Sr. Ministro Armando Prado — Peço vênica para propor ao Tribunal a redação a que cheguei, depois das palavras que acabaram de ser pronunciadas pelos Srs. Ministros. Apresento esta sugestão:

“A preferência determinada pelo artigo 75 do Regimento Interno não alcança os mandados de segurança originários, quando o Relator se declarar apto para relatar e julgar”.

O Sr. Ministro Sampaio Costa — E *habeas-corpus*? *Habeas-corpus* e mandados de segurança.

O Sr. Ministro Cunha Vasconcelos — E respectivos recursos.

O Sr. Ministro Henrique D'Ávila — *Habeas-corpus* em primeiro lugar.

1.^a QUESTÃO DE ORDEM

O Sr. Ministro Macedo Ludolf — Só o recurso de mandado de segurança; o de *habeas-corpus* parece que não tem pauta.

O Sr. Ministro Henrique D'Ávila — Recurso de mandado de segurança não tem pauta.

O Sr. Ministro Macedo Ludolf — Recurso de mandado de segurança tem pauta. Tanto assim que a lei dá ao Relator um prazo para estudo do processo. Esses recursos estão sujeitos à pauta. Temos observado isso rigorosamente até hoje. Agora, os pedidos originários de mandado de segurança e *habeas-corpus*, assim também, creio eu, os recursos de *habeas-corpus*, independem de pauta. São os processos que têm sempre preferência a qualquer outro que esteja para julgamento.

O Sr. Ministro Armando Prado — Dou, então, esta forma:

“A preferência determinada pelo artigo 75 do Regimento Interno não alcança os *habeas-corpus*, mandados de segurança originários e respectivos recursos, quando o Relator...”

O Sr. Ministro Macedo Ludolf — Recurso, não.

O Sr. Ministro Henrique D'Ávila — Recurso apenas de *habeas-corpus*.

O Sr. Ministro Macedo Ludolf — Recurso, apenas de *habeas-corpus*, e os mandados de segurança, quando originários. É o que penso, salvo melhor juízo.

O Sr. Ministro Artur Marinho — Se o recorrente fôr o impetrante e tiver pedido mandado de segurança na primeira instância e houver urgência, tanto faz ser originário quanto ser recurso de mandado de segurança. Não faço distinção entre hierarquias de direito.

O Sr. Ministro Sampaio Costa — Mas é uma questão regimental.

O Sr. Ministro Artur Marinho — Ou todos estariam sujeitos à pauta ou nenhum estaria. O que vem da primeira instância traz a presunção de que já sofreu um exame. Questão de prudência.

O Sr. Ministro Cunha Vasconcelos — V. Excia. ouviu o Tribunal. A maioria já se manifestou nesse sentido. V. Excia. prosseguirá.

O Sr. Ministro Armando Prado — Se o Tribunal estiver de acôrdo com a fórmula que sugiro, que é esta:

“A preferência determinada pelo artigo 75 do Regimento Interno não alcança os *habeas-corpus* e mandados de segurança originários, quando o Relator se declarar apto para relatar e julgar”, será a mesma adotada.

O Sr. Ministro Cunha Vasconcelos — Está perfeita. V. Excia. prosseguirá na pauta.

1.ª QUESTÃO DE ORDEM

O Sr. Ministro Artur Marinho — Eu faria distinção entre processo anteriormente iniciado, qualquer que fôsse a sua natureza, e a pauta nova. Porque o processo que vem da pauta anterior não comporta preferência, o julgamento é expediente continuatório. Não tenho direito a interpretação de Regimento em tese, mas nada impede que, como juiz, procure ressaltar também a minha opinião num julgamento em que vou tomar parte.

O Sr. Ministro Cunha Vasconcelos — Eu também estaria de pleno acôrdo com V. Excia. porque é uma continuação de julgamento. Entretanto, parece-me que, em face do art. 75 do Regimento, pode chegar-se a esta conclusão: “O julgamento que houver sido adiado...” (lê).

O Sr. Ministro Artur Marinho — Com dia também está o mandado de segurança originário porque, por presunção de direito, o seu dia seguinte é o da sessão imediata ao em que fôr à conclusão do relator, salvo impedimento reconhecível. Parece-me que se está começado o julgamento em sessão anterior a continuação, na próxima sessão, é daquele julgamento. Dar preferência a outra parece-me que é parar com o

julgamento começado, ou então introduzir outro julgamento no de um que já está iniciado. E' uma interpretação minha e peço perdão por ter pedido a atenção para esse detalhe.

O Sr. Ministro Armando Prado (Presidente) — Eu estaria de acôrdo com o Sr. Ministro Artur Marinho, na interpretação do Regimento. Mas parece-me que a unanimidade do Tribunal já se manifestou com relação à fórmula por mim sugerida: “A preferência determinada pelo art. 75 do Regimento Interno não alcança os *habeas-corpus* e os mandados de segurança originários, quando o Relator se declarar apto para relatá-los e julgá-los”.

Nessas condições, o processo de que V. Excia. é portador, tem preferência, de acôrdo com o que acaba de ser esclarecido. V. Excia. tem a palavra.

PROPOSTA DE PRÁTICA DO ART. 97, DO REGIMENTO INTERNO

O Sr. Ministro Ábner de Vasconcelos — Sr. Presidente, o eminente Ministro Relator, antes da leitura do seu relatório, situou a questão dentro do artigo 97 do Regimento Interno.

Nestas condições, o Tribunal tem unicamente de ouvir a leitura do relatório e adiar para a sessão seguinte, tudo quanto fôr objeto de julgamento. E' a proposta que faço, de plena conformidade com o que a maioria acabou de resolver.

PRELIMINAR-ADIAMENTO

O Sr. Ministro Armando Prado (Presidente) — Feita a sugestão do Sr. Ministro Ábner de Vasconcelos, eu vou colher votos a respeito dela. S. Excia. foi o primeiro ministro a se pronunciar sobre o assunto, propondo que uma vez lido o relatório, se deixasse para a sessão de julgamento — se bem interpreto o pensamento de S. Excia. — tudo quanto a esse julgamento disser respeito.

2.ª QUESTÃO DE ORDEM

O Sr. Ministro Artur Marinho — Quando denunciei a existência do mandado de segurança n.º 109, como Re-

lador, obedeci a uma praxe que me impôs para colaborar na boa ordem e administração dos trabalhos, sob a superintendência da Mesa. Agora, porque notei que o nosso Presidente efetivo, como membro do Tribunal, com a possibilidade de voto, em caso de empate, não está presente, e como propus a medida do art. 97, por se tratar da leitura e publicação de relatório, solicito, apenas, que me seja dito pelo Tribunal se me será dado, ou não, iniciar o julgamento com o relatório. A idéia era essa, e continua de pé. Posso, ou devo, submeter a julgamento pedido de mandado de segurança originário, que visa inconstitucionalidade de lei sem que o Tribunal Pleno esteja completo?

O Sr. Ministro Djalma da Cunha Melo — Já na sessão passada discutimos aqui o assunto e o Tribunal entendeu que não, contra a minha opinião.

O Sr. Ministro Armando Prado (Presidente) — O Tribunal acaba de ouvir o entendimento enunciado pelo Sr. Ministro Artur Marinho. S. Excia. quer saber se pode iniciar o julgamento do mandado de segurança, embora não se verifique o *quorum* exigido pela lei. Esta é, portanto, a questão sobre a qual peço a opinião dos Srs. Ministros componentes do Tribunal.

2.^a QUESTÃO DE ORDEM

O Sr. Ministro Abner de Vasconcelos — A figura do Presidente, nos trabalhos de julgamento, ocupa uma situação especial: só remotamente poderá ser chamado a manifestar-se, ou exatamente, quando o Tribunal dividir-se em partes iguais.

Mas, para o caso da leitura do relatório, e sua conseqüente publicação, em que isso é feito para conhecimento dos julgadores, o Presidente pode deixar de estar presente. E, quando tenha de intervir futuramente no julgamento, fá-lo-á ante a divergência dos juizes. Nada impede, portanto, que na sessão de hoje, em que a finalidade é simplesmente a leitura e publicação do relatório, isso seja feito desde logo, sem prejuízo da rapidez que o mandado de segurança requer, atendendo ao serviço da justiça

e, também, ao interesse das partes. Nada impede a leitura do relatório.

2.^a QUESTÃO DE ORDEM

O Sr. Ministro Macedo Ludolf — Senhor Presidente, sinto divergir do eminente Ministro Ábner de Vasconcelos, porque entendo que devemos cumprir rigorosamente o art. 97 do Regimento, em virtude do qual tudo que envolva matéria constitucional deve ser decidido, estando presente a totalidade dos membros do Tribunal. Nesta sessão de hoje não seria, apenas, a leitura do relatório, mas o próprio pronunciamento do Tribunal, porque há matéria constitucional a ser decidida. Isso já é um começo de julgamento e, portanto, faz-se mister a composição do Tribunal, de acordo com a lei. Voto pela necessidade da totalidade dos membros do Tribunal para iniciar-se o julgamento.

2.^a QUESTÃO DE ORDEM

O Sr. Ministro Sampaio Costa — A Constituição Federal exige, no artigo 200, de modo implícito, a comparência da totalidade dos membros do Tribunal para o pronunciamento da inconstitucionalidade de uma lei ou de ato do Poder Público. Na verdade, a exigência constitucional refere-se tão só à declaração da inconstitucionalidade de uma lei ou de ato do Poder Público. Mas, como muito bem salientou o Sr. Ministro Macedo Ludolf por ocasião da explanação do relatório, o Tribunal tem de conhecer se a matéria é ou não constitucional, para determinar, então, caso assim aconteça, a publicação para as posteriores formalidades. É um começo de julgamento. Não se dirá que este começo de julgamento, sem a totalidade dos membros do Tribunal, ferirá a Constituição, porque nele não se está declarando a inconstitucionalidade da lei. Mas este resguardo, por isto mesmo que se trata de conhecer se é ou não matéria constitucional, é de alta relevância. Os tribunais têm assim entendido — nomeadamente o Supremo Tribunal e o Tribunal Eleitoral, de que faço parte — e essa é a praxe. Nunca me chegou ao conhecimento que tivesse havido uma de-

cisão formal neste sentido, mas a praxe tem sido sempre essa: só se começar a ler o relatório, para posterior publicação, com o Tribunal completo, reunidos todos os seus membros. E não há, na verdade, como destoar desta praxe, porque ela assenta realmente em motivos relevantes. Neste sentido eu voto e me pronuncio para que seja o relatório proferido quando estiver o Tribunal integrado da totalidade dos seus membros. Aliás, está parecendo que quando o eminente Sr. Ministro Artur Marinho levantou a preliminar também sentiu assim...

O Sr. Ministro Artur Marinho — É verdade. Por motivo de prudência.

2.^a QUESTÃO DE ORDEM

O Sr. Ministro Cunha Vasconcelos — Estou de acôrdo com o Sr. Ministro Ábner de Vasconcelos, não só em face do que resulta do estabelecido no Regulamento, como também por conveniência de não entravar os trabalhos do Tribunal. Entendo que a exigência da totalidade dos membros do Tribunal no julgamento de matéria constitucional, é uma exigência que não encontra apoio no estabelecido na própria Constituição, mas que admito pela conveniência que há em evitar julgamentos contraditórios no mesmo Tribunal — o que seria possível se não se exigisse o comparecimento da totalidade dos seus membros. A exigência constitucional é de que só se declare inconstitucionalidade de lei ou de ato do Poder Público por maioria absoluta dos membros do Tribunal. No Supremo Tribunal, o Ministro Filadelfo de Azevedo defendeu o entendimento a que faço referência. Entretanto, S. Excia. não logrou ver vencedor o seu ponto de vista, porque aqueles que se lhe opuseram ficaram preocupados — como eu mesmo mantenho — com a conveniência de evitar julgamentos contraditórios em matéria de tão alta relevância. Por esta razão, compreendo a exigência regimental da totalidade dos membros do Tribunal para se julgar matéria dessa ordem. Entretanto, vendo o entrave que se oferece, a cada passo, aos trabalhos do Tri-

bunal, e não estando a questão de que se trata, no momento, no espírito da exigência constitucional, nem sendo corolário da mesma, como nem na letra do Regimento — pronuncio-me de pleno acôrdo com o Ministro Ábner de Vasconcelos.

O que o Regimento diz é tão somente isto:

“Art. 97 — Se por ocasião do julgamento de qualquer feito, no Tribunal Pleno ou nas Turmas, se verificar que é imprescindível decidir-se sobre a inconstitucionalidade ou não de alguma lei ou de certa e determinada disposição nela contida, ou de ato de poder público, o julgamento será suspenso, por proposta do Relator ou de qualquer dos seus membros, ou a requerimento do Procurador Geral, depois de findo o relatório que será publicado, no órgão oficial, com antecedência de três dias, pelo menos”.

O Regimento é bem claro: “Depois de findo o relatório”.

O Sr. Ministro Sampaio Costa — A leitura do relatório integra os Juizes no conhecimento do feito. Feito o relatório, o Juiz que não tenha tomado parte no relatório, não poderá tomar parte no julgamento.

O Sr. Ministro Macedo Ludolf — Evidentemente o Juiz que não tiver tomado parte no relatório, também não poderá tomar parte no julgamento.

O Sr. Ministro Cunha Vasconcelos — Lembro, para tranquilizar a consciência de VV. Excias. nesta parte, a providência da publicação do relatório, o que, talvez, com mais segurança, preenche tal finalidade.

O nobre Ministro Artur Marinho interveio para lembrar — o que é sabido — que o julgamento começa com o relatório. Mas, em matéria constitucional, pela forma por que o Regimento o prescreve, a mim se me afigura não ser bem assim. O Juiz que não tenha estado, em matéria dessa ordem, na sessão anterior, não fica impedido de tomar parte no julgamento final, porque terá tomado conhecimento do relatório pela publicação determinada no Regimento. Se não fôra assim, eu perguntaria: qual a

finalidade da publicação do relatório? Evidentemente, é publicado para que os Juizes entrem na intimidade da espécie, tenham oportunidade de refletir detidamente sobre matéria de tão alta relevância. Não se me afigura necessária a unanimidade para a leitura do relatório, porque quando as questões constitucionais surgem perante as turmas, são estas, compostas apenas de três Juizes, que deliberam sobre a existência de matéria constitucional e que remetem ao Tribunal Pleno — onde em tais casos, não há leitura do relatório, mas uma simples exposição.

Está no Regimento:

“Art. 97 —

§ 2.º — Se ocorrer perante qualquer das Turmas, após a lavratura do respectivo acórdão, o processo será apresentado ao Tribunal Pleno que, na primeira sessão ordinária, depois de exposto o caso pelo mesmo relator do feito, julgará a prejudicial de inconstitucionalidade da lei ou de ato de poder público”.

A publicação se faz logo após a decisão da Turma (art. 97); portanto, é a Turma, composta de três Juizes, que se manifesta e remete o caso ao Tribunal Pleno. Este toma conhecimento e declara se há ou não inconstitucionalidade, julga a matéria constitucional.

Conseqüentemente, e após tudo isso, não posso chegar a outra conclusão senão àquela adotada pelo Ministro Ábner de Vasconcelos: para a leitura do relatório não há necessidade da presença da unanimidade dos Juizes.

O Sr. Ministro Macedo Ludolf — Assim, divergiremos de todos os Tribunais do país.

O Sr. Ministro Djalma da Cunha Melo — Isso não tem importância.

O Sr. Ministro Cunha Vasconcelos — Isso não me preocupa.

O Sr. Ministro Macedo Ludolf — O Supremo Tribunal já adotou a orientação que VV. Excias. defendem, tendo, no entanto, modificado esse critério. A orientação do Supremo Tribunal, hoje vigorante, é a seguinte: há necessidade da totalidade dos membros do Tribunal para a leitura do relatório, quando o

caso envolve matéria constitucional. Quando se resolve sobre a necessidade da publicação, está se declarando a existência de matéria constitucional a decidir.

O Sr. Ministro Cunha Vasconcelos — Se o argumento é esse, Vossa Excia. está negando às Turmas uma faculdade que está explícita no Regimento.

O Sr. Ministro Macedo Ludolf — Isso é demais.

O Sr. Ministro Cunha Vasconcelos — E' demais por que? Não estou trazendo argumento de autoridade. O argumento de autoridade quem invocou foi Vossa Excia. Estou produzindo argumentos de minha própria reflexão. Enunciei meu voto pessoal, minha opinião, minha convicção sincera. Não a imponho a ninguém. E' um pensamento enunciado.

O Sr. Ministro Macedo Ludolf — Aliás, brilhantemente.

O Sr. Ministro Cunha Vasconcelos — Muito grato a V. Excia.

2.ª QUESTÃO DE ORDEM

O Sr. Ministro Henrique D'Ávila — Sr. Presidente, tive o ensejo, em sessão anterior em que se discutiu a mesma matéria, de me manifestar no sentido do voto do Sr. Ministro Cunha Vasconcelos. Fui dos que entenderam que o Tribunal não precisa estar integrado de todos os seus membros, para que se faça a leitura do relatório. Acho mesmo que esse procedimento consulta melhor os interesses das partes e a rapidez da Justiça, não trazendo nenhum prejuízo ao julgamento.

A publicação do relatório é feita para o conhecimento e estudo dos julgadores. De modo que, nenhum dos Srs. Ministros poderá excusar-se de tomar parte no julgamento por não ter ouvido a leitura do mesmo.

Além do mais, entendo, que, apesar do relatório ser o início do julgamento propriamente dito, o Tribunal, deliberando sobre a publicação do mesmo, não está decidindo matéria constitucional.

O Sr. Ministro Macedo Ludolf — Perguntaria a V. Excia.: o Juiz que não assiste ao relatório está obrigado a votar, a tomar parte no julgamento?

O Sr. Ministro Henrique D'Ávila — Acho que sim, quando o relatório tiver sido publicado oficialmente.

O Sr. Ministro Macedo Ludolf — Ele poderá dizer: quero assistir à leitura do relatório em plena sessão do Tribunal. A publicação não pode obrigar ao Juiz.

O Sr. Ministro Henrique D'Ávila — Nenhum Ministro poderá alegar o desconhecimento do relatório, quando ele tiver sido publicado no órgão oficial.

O Sr. Ministro Macedo Ludolf — O Ministro que não assistiu à leitura do relatório não está impedido de votar, mas não está também obrigado a isso.

O Sr. Ministro Cunha Vasconcelos — Lembro a V. Excia. que não é uma regra inflexível essa de que o Juiz, que não assistiu ao relatório, não vota. Se V. Excia. invocou, aliás muito autorizadamente, precedentes de Tribunais maiores para sustentar, como sustentou, a necessidade da unanimidade dos Juizes para a leitura do relatório, também invoco precedentes dessas autoridades para dizer a V. Excia. que tenho ouvido pronunciamentos de Juizes que não assistiram ao relatório.

O Sr. Ministro Macedo Ludolf — Não estão impedidos disso, mas não são obrigados a votar.

O Sr. Ministro Henrique D'Ávila — Entendo, portanto, que o relatório poderá ser lido nesta mesma sessão, publicado a seguir.

2.^a QUESTÃO DE ORDEM

O Sr. Ministro Djalma da Cunha Melo — Não é necessária a presença de todos os juizes para escuta do relatório desta impetração e respectivo julgamento.

A Constituição, no art. 200, exige *maioria absoluta de votos* para que o Tribunal possa decretar inconstitucionalidade de lei ou de ato do Poder Público, não exige, conforme salienta o Sr. Pontes de Miranda, *maioria absoluta de presentes*.

2.^a QUESTÃO DE ORDEM

O Sr. Ministro Armando Prado (Presidente) — Com a palavra o Sr. Ministro Artur Marinho.

O Sr. Ministro Artur Marinho — Com a palavra para começar o julgamento?

O Sr. Ministro Armando Prado (Presidente) — V. Excia já se manifestou sobre a questão?

O Sr. Ministro Artur Marinho — Não. Pedi conselho, mas não voto em questão regimental.

O Sr. Ministro Macedo Ludolf — Senhor Presidente, o Ministro Artur Marinho vota como Juiz. Não é questão de pura interpretação regimental. Sua Excia. está procurando encarar o regimento e tem toda a liberdade de se pronunciar a respeito.

O Sr. Ministro Artur Marinho — Devo votar, Sr. Presidente?

O Sr. Ministro Armando Prado (Presidente) — Deve. O voto de V. Excia. só pode servir para ilustrar os debates.

O Sr. Ministro Artur Marinho — Nesse caso, obedeço e fico, *data venia*, com os votos proferidos pelos eminentes Ministros Macedo Ludolf e Sampaio Costa.

2.^a QUESTÃO DE ORDEM

EXPLICAÇÃO

O Sr. Ministro Sampaio Costa — Senhor Presidente, não quero alongar mais os debates, mas, voltando ao assunto da obrigatoriedade da presença de todos os Juizes para a leitura do relatório, o art. 76 é taxativo a respeito:

“Art. 76 — Quando se reencetar algum julgamento adiado, serão computados os votos já proferidos pelos Ministros que não compareceram ou que houverem deixado o exercício do cargo.

§ 1.^o — No caso deste artigo, não deverá tomar parte no julgamento o Ministro que não haja assistido ao relatório, salvo se houver falta de *quorum* para deliberar, caso em que será facultado ao Ministro interveniente o direito de pedir a repetição do relatório”.

O Sr. Ministro Henrique D'Ávila — E' preciso distinguir que se trata aí de relatório oral. Nos casos de matéria

constitucional, o relatório é publicado no órgão oficial, e o Juiz não pode alegar que não o conhece.

O Sr. Ministro Macedo Ludolf — Essa regra é geral para todos os processos.

O Sr. Ministro Cunha Vasconcelos — E' disposição para casos ocorrentes. Para os casos de inconstitucionalidade há um título, há um capítulo a parte no Regimento. E' o capítulo I, título III. Capítulo da inconstitucionalidade de lei ou de ato do poder público.

O Sr. Ministro Sampaio Costa — E' no momento de julgar da constitucionalidade ou não de lei ou de ato do poder público que o Tribunal necessita de *quorum* completo. Mas, ao resolver sobre a necessidade da publicação do relatório, o Tribunal já está dizendo se há ou não matéria constitucional a decidir. Já é, portanto, uma circunstância que diz respeito ao problema da constitucionalidade. Logo, mesmo para resolver sobre a necessidade da publicação de relatório, o Tribunal precisa da presença de todos os seus membros.

Esse o meu ponto de vista.

EXPLICAÇÃO

O Sr. Ministro Artur Marinho — Senhor Presidente, fui o autor da proposta que acaba de ser aprovada como sendo do eminente Sr. Ministro Ábner de Vasconcelos.

RELATÓRIO

(*Aditamento*)

O Sr. Ministro Artur Marinho — E' o relatório seguido da proposta que peço seja submetida a voto desde já. Permita-me V. Excia., Sr. Presidente, que além deste relatório manifesto, eu também solicite que o Tribunal medite em que há duas questões preliminares: preliminar postulando por uma aplicação do art. 320, inciso 2.º, do Código de Processo Civil e outra de ilegitimidade passiva do impetrante.

O Tribunal deverá decidir estas questões, que nada têm a ver com a referente à inconstitucionalidade; elas estabelecerão se há ou não prejudiciais ao

prosseguimento dos debates; se as forem, inútil se torna que se tome conhecimento da proposta, nos termos do artigo 97; se não, prosseguir-se-á nos termos da proposta para o voto.

Peço vênia para lembrar ainda, a título de relatório, que, se o Tribunal deferir a sugestão, atinente à publicação do relatório, me parece que estará tomando conhecimento do pedido de mandado de segurança e, portanto, ainda que por via oblíqua ou indireta, negando consistência às preliminares a que me reporto. Essa é a situação que, depois de expô-la, creio que com os detalhes necessários, se deve submeter ao Tribunal.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade de votos, o Tribunal resolveu que a preferência determinada pelo art. 75 do Regimento Interno não alcança os *habeas-corpus* e os mandados de segurança originários, quando o Relator se declarar apto para relatá-los e julgá-los. Por maioria, o Tribunal resolveu que, para leitura do relatório, em matéria constitucional, não é necessária a totalidade dos seus membros, uma vez que o relatório é publicado, contra os votos dos Srs. Ministros Macedo Ludolf, Sampaio Costa e Artur Marinho. Determinou o Tribunal, por unanimidade, que lido o relatório, fôsse publicado, deixando-se para a sessão de julgamento tudo quanto disser a respeito do mesmo.

3.ª QUESTÃO DE ORDEM

MATÉRIA CONSTITUCIONAL

O Sr. Ministro Ábner de Vasconcelos — Sobre esse mandado de segurança, 109, peço a palavra pela ordem.

Sr. Presidente. Na sessão passada, ao ser feito o relatório e o pedido de adiamento para a sua publicação, por se tratar de assunto constitucional, eu devia ter pedido a palavra para trazer ao Tribunal a idéia de que o assunto escapa à alegação de inconstitucionalidade. Entretanto, como o Tribunal não se

achava completo, calei as considerações que pretendia fazer.

Entretanto, na sessão de hoje, como persista a falta de *quorum* e se trate de processo de curso rápido, que a Justiça deve ter sempre o cuidado de dar-lhe o entendimento que a lei exige, quero fazer ao Tribunal algumas considerações porquanto o assunto escapa à inerepção que se lhe atribui. A lei impugnada pela recorrente não é posterior à Constituição e não foi promulgada com infração de dispositivos fundamentais.

Na melhor forma de direito, segundo penso, não deve ser considerada como inconstitucional. A Constituição, revogando as leis anteriores que foram contrárias aos princípios por ela adotados, tem necessariamente como inexistentes todas essas leis, e, como a lei que está em jogo no caso referente ao mandado de segurança n.º 109, tem dispositivos que se opõem à Constituição, não é inconstitucional, mas apenas está por ela revogada.

Assim, o caso escapa à necessidade de *quorum* integral, para ser julgado pelo número de juizes presentes, desde que haja maioria do Tribunal. A meu ver, não se trata de inconstitucionalidade e sim de revogação de lei. Em direito, são coisas de sentido diverso. Proponho que se faça o julgamento independentemente da totalidade do plenário.

3.ª QUESTÃO DE ORDEM

MATÉRIA CONSTITUCIONAL

O Sr. Ministro Afrânio Antônio da Costa (Presidente) — Submeterei a votos a indicação de V. Excia. Todavia, parece-me que, desde que o Tribunal mandou publicar o relatório, só o *quorum* integral poderá decidir. Em todo caso, submeto ao Tribunal a indicação de Vossa Excia.

3.ª QUESTÃO DE ORDEM

MATÉRIA CONSTITUCIONAL

O Sr. Ministro Macedo Ludolf — Manterei meu voto sobre o assunto. Já tenho expressado minha opinião neste sen-

tido, em situações idênticas decididas. Pouco importa indagar se a lei é anterior ou posterior à Lei Magna do País. O que se quer é justamente impedir a aplicação dela, porque colidente com a Constituição. Portanto, considero sem maior importância esse aspecto do feito, ou seja, a circunstância de se tratar de diploma legal promulgado anteriormente ao Pacto Político de 1946.

3.ª QUESTÃO DE ORDEM

MATÉRIA CONSTITUCIONAL

O Sr. Ministro Artur Marinho — Não estou bem esclarecido em assuntos regimentais em casos desta natureza. A tomada de votos não deveria começar pelo relator?

O Sr. Ministro Afrânio Antônio da Costa (Presidente) — Tomei por base a indicação do Sr. Ministro Abner de Vasconcelos.

O Sr. Ministro Artur Marinho — Estou apenas indicando a V. Excia. o exame de um detalhe. Quero subordinar-me voluntariamente ao Regimento e neste caso seria um vencido e convencido.

O Sr. Ministro Afrânio Antônio da Costa (Presidente) — Eu teria apenas tomado a indicação do Sr. Ministro Abner de Vasconcelos. Vossa Excia. pode proferir o voto.

O Sr. Ministro Abner de Vasconcelos — Esta é matéria opinativa. O eminente ministro Castro Nunes tem um livro sobre mandado de segurança que traz muito desenvolvido um capítulo a esse respeito, e distingue a diversidade de opinião e a dificuldade de solução, tanto podendo ser de um modo como de outro. Entretanto, S. Excia., como eminente constitucionalista que é, é favorável à corrente da inconstitucionalidade.

O Sr. Ministro Artur Marinho — Senhor Presidente, eu faço parte de uma corrente da qual resulta o seguinte pensamento interpretativo do art. 200 da Constituição de 1946: a meu ver, a expressão Tribunal Pleno não significa a totalidade dos componentes do Tribunal, mas sim a totalidade dos presentes. Neste sentido, já ouvi considera-

ções de alto aprêço como a do eminente Sr. Ministro Cunha Vasconcelos. Se não interpreto mal o pensamento de Sua Excia., êle, como eu, se apresenta como um vencido diante daquela corrente que sustentou que a expressão Tribunal Pleno significa a totalidade do Tribunal. Quem pensa na interpretação doutrinária, obviamente apoia a proposta do Sr. Ministro Ábner de Vasconcelos. Se eu apóio o mais, que é a interpretação que acabo de condensar ou de resumir, evidentemente apóio o menos que é a proposta do Sr. Ministro Ábner de Vasconcelos. S. Excia. entende que a incompatibilidade de uma lei anterior à Constituição nova é um mero problema de revogação implícita. Assim sendo, a decisão pode ser tomada no sentido de uma aplicação de regra do direito comum. Em tórno da situação atual, também se costuma invocar a lei de introdução ao Código Civil, tanto a velha de 1916 quanto a nova de 1942. Partindo de premissas diferentes, chego as mesmas conclusões do Sr. Ministro proponente e sou pelo julgamento imediato.

Em verdadeiros termos, um problema assim significa que o Poder Executivo está tentando aplicar uma lei revogada ou tirada do comércio jurídico pela nova ordem constitucional, mais do que o próprio problema de inconstitucionalidade; está tentando aplicar ou praticar uma lei revogada, ainda que implicitamente, pela Constituição. Então o julgamento se resolve em termos de direito comum, embora também se possa dizer que, neste caso, o ato fundado em lei tirada de curso pela Constituição nova é inexistente ou nulo e, conseqüentemente, não a lei, mas o ato é que é abusivo.

Então eu, que não proporia a providência indicada pelo Sr. Ministro Ábner de Vasconcelos, a adoto.

3.^a QUESTÃO DE ORDEM

MATÉRIA CONSTITUCIONAL

(Publicação de Relatório)

O Sr. Ministro Armando Prado — Senhor Presidente, lamento divergir. Tra-

ta-se de anular um ato baseado em lei anterior à Constituição de 1946. Averbasse que os dispositivos dessa lei são incompatíveis com os textos da Constituição. Nesses termos, parece-me que o problema é essencialmente constitucional. O de que se trata é de decretar a inconstitucionalidade de um ato baseado numa lei incompatível com a Constituição de 1946.

Nessas condições, não dispenso a disposição do artigo 200 da Constituição:

“Só pelo voto da maioria absoluta dos seus membros poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou de ato do poder público”.

E' o meu voto.

3.^a QUESTÃO DE ORDEM

MATÉRIA CONSTITUCIONAL

O Sr. Ministro Ábner de Vasconcelos — O julgamento pode continuar, porque não se trata de matéria constitucional.

3.^a QUESTÃO DE ORDEM

PRELIMINAR

O Sr. Ministro Macedo Ludolf — Pela ordem. Peço licença para tornar como não dito o meu voto anterior, porque agora é a minha vez de falar. Tenho um ponto preliminar a considerar. Parece-me que essa matéria já foi objeto de decisão na sessão passada. O Tribunal decidiu, por maioria, que deveria ser publicado o relatório. E' ato consumado.

O Sr. Ministro Ábner de Vasconcelos — Mas não discutiu o assunto.

O Sr. Ministro Macedo Ludolf — Já é matéria vencida no Tribunal. Houve um começo de julgamento nesse sentido. Se hoje voltarmos a apreciar o assunto, para declarar que não cabe a publicação, estaremos desfazendo o julgamento anterior.

O Sr. Ministro Artur Marinho — O que é possível.

O Sr. Ministro Macedo Ludolf — Não sei se é possível. No meu sentir, quer me parecer que não está certo.

O Sr. Ministro Artur Marinho — Pode não estar certo, mas é possível.

O Sr. Ministro Macedo Ludolf — Desde que, na sessão passada, decidimos publicar o relatório e houve a publicação, já é ato praticado em virtude desse julgamento. Como vamos anular esse ato, que se realizou em virtude de decisão tomada na sessão passada? Tenho essa preliminar, essa indicação a fazer ao Tribunal e para ela peço a atenção dos meus colegas.

O Sr. Ministro Afrânio Antônio da Costa (Presidente) — Alertei o Tribunal, quando pús em votação a indicação proposta pelo Ministro Ábner de Vasconcelos, de que, tendo sido ordenada a publicação do relatório por se tratar de matéria constitucional, me parecia que o Tribunal já tinha resolvido o assunto, que já era questão julgada.

O Sr. Ministro Macedo Ludolf — E a publicação foi feita.

O Sr. Ministro Afrânio Antônio da Costa (Presidente) — Fiz isso apenas em função regimental, porque a mim incumbe alertar o Tribunal a respeito. Se o Tribunal resolve discutir, não há senão prosseguir.

3.^a QUESTÃO DE ORDEM

MATÉRIA CONSTITUCIONAL

O Sr. Ministro Sampaio Costa — Senhor Presidente, lamento também discordar da indicação feita pelo nosso provector colega Ministro Ábner de Vasconcelos, apoiada, aliás, pelo provector Relator. Faço-o pelas considerações seguintes: a questão de examinar se a lei em que se baseou o ato atacado fere ou não o dispositivo constitucional é, evidentemente, matéria constitucional. Alega-se, apenas, que a Constituição poderia — e aí seria outro problema — ter revogado o dispositivo em questão; não se trataria, então, mais do que de questão de incompatibilidade, ou por outra, de revogação ou abrogação de lei. Seja como fôr, mesmo sob esse aspecto, não é possível retirar a natureza do julgamento: compatibilidade ou incompatibilidade do princípio estabelecido na lei atacada com as normas constitucionais vigentes. Pouco importa que esse princípio tenha sido inserido em lei ante-

rior à promulgação da Constituição. O exame da colidência ou não é um exame de natureza constitucional: é uma apreciação do ato atacado e dos princípios que emanam do texto constitucional. Na prática, como seria feito o julgamento pelo Tribunal? No caso, *verbi gratia*, de o Tribunal entender que a lei era incompatível, que a lei havia sido revogada pela Constituição, e revogada porque feria texto constitucional, porque estava em contraposição com texto constitucional? Julgava matéria de natureza constitucional.

O Sr. Ministro Macedo Ludolf — V. Excia. me permite um esclarecimento? Não se trata de lei que fere a Constituição; trata-se de ato do Poder Público taxado de inconstitucional. O Regimento fala em lei ou ato do Poder Público.

O Sr. Ministro Sampaio Costa — Mas o impetrante deseja é a anulação de ato que se baseia numa lei. Se o impetrante viesse pedir a inconstitucionalidade da lei, o Tribunal já teria jurisprudência formada: não se ataca a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de uma lei por meio de mandado de segurança. Mas ele ataca essa lei atacando ato praticado com fundamento nela; daí o cabimento do recurso.

O Sr. Ministro Artur Marinho — Mas esse ato se torna abusivo, por baseado em lei já inexistente desde a Constituição nova.

O Sr. Ministro Sampaio Costa — Mas envolve matéria constitucional.

O Sr. Ministro Artur Marinho — Em princípio, estou de acordo com V. Excia.

O Sr. Ministro Sampaio Costa — Por essas razões, mantenho meu voto anterior: reputo matéria constitucional e acho exigível o *quorum* determinado pela Constituição.

3.^a QUESTÃO DE ORDEM

MATÉRIA CONSTITUCIONAL

O Sr. Ministro Cunha Vasconcelos — Acompanho o voto do Sr. Ministro Macedo Ludolf.

3.^a QUESTÃO DE ORDEM

MATÉRIA CONSTITUCIONAL

O Sr. Ministro Djalma da Cunha Melo — Não entendo precisa a totalidade dos juizes dêste Tribunal.

QUESTÃO DE ORDEM PRELIMINAR

(*Matéria julgada*)

O Sr. Ministro Afrânio Antônio da Costa (Presidente) — Portanto, o Tribunal acha que pode tornar a discutir se é ou não matéria constitucional a de que se trata?

O Sr. Ministro Abner de Vasconcelos — V. Excia. acaba de dizer: o Tribunal não está impedido de voltar a examinar a matéria constitucional, desde que verifique não ser de tal ordem o seu conteúdo.

O Sr. Ministro Macedo Ludolf — Já não cabe decisão sobre o assunto, uma vez que se decidiu, anteriormente, por maioria de votos.

QUESTÃO DE ORDEM PRELIMINAR

(*Matéria julgada*)

O Sr. Ministro Abner de Vasconcelos — Sr. Presidente, nada impede que o Tribunal, depois de ter mandado publicar o relatório, verifique o sentido jurídico, diante de novo pedido, e modifique a sua conduta, para dizer que não se trata de matéria constitucional.

O Sr. Ministro Sampaio Costa — Isso já é mérito. V. Excia. já está entrando no conhecimento da matéria.

O Sr. Ministro Abner de Vasconcelos — Não é precisamente isso. O Tribunal já decidiu sobre o assunto da preliminar do Ministro Macedo Ludolf, e não deve voltar atrás.

QUESTÃO DE ORDEM PRELIMINAR

(*Matéria julgada*)

O Sr. Ministro Sampaio Costa — Senhor Presidente, pela ordem, S. Excia. o Sr. Ministro Macedo Ludolf levantou uma preliminar, a meu ver, de todo cabimento, porque a prática do artigo 97 do Regimento consiste em o relator

sugerir ou indicar ao Tribunal a imprescindibilidade de julgar-se a matéria constitucional. O relator, por si só, não pode mandar publicar o relatório. Tem de submeter a sua indicação ao Tribunal. Ao Tribunal compete verificar se a matéria é ou não de natureza constitucional e, verificado isso, defere, ou melhor, empresta a sua decisão à proposta oferecida pelo Relator. Por conseguinte, há uma decisão do Tribunal neste sentido, reconhecendo ser a matéria constitucional, matéria essa que o Relator também reputava de natureza constitucional. De forma que, a respeito da natureza da matéria, já há decisão do Tribunal para o caso concreto.

QUESTÃO DE ORDEM PRELIMINAR

(*Matéria julgada*)

O Sr. Ministro Artur Marinho — Senhor Presidente. E' um sobejo verbal dizer que as considerações proferidas por qualquer dos Srs. Ministros desta Casa são de alta ponderação, mas digo sempre: a questão sugerida pelo Senhor Ministro Macedo Ludolf, apoiada e tão bem defendida pelo Sr. Ministro Sampaio Costa, é exata em princípio.

O Tribunal já decidiu que, em concreto, se tratava de um problema de inconstitucionalidade, alegada para efeito de sua apreciação e julgamento. Decidiu, entretanto, administrativamente e não contenciosamente. Estava somente traçando normas, processos, ou orientação a seguir no julgamento do caso. Ora, o art. 97 é estritamente regimental e manda que, verificando o Tribunal tratar-se de questão de inconstitucionalidade (não costume dizer questão de constitucionalidade, porque questão de constitucionalidade é o comum, o normal) de lei ou ato administrativo (inconstitucionalidade ou pouquidade do ato, porque baseado em lei apontada como inconstitucional) seja o julgamento suspenso, depois de findo o relatório que será publicado no *Diário da Justiça*. Mas se o Tribunal verificar, em julgamento, também administrativo, que pode colocar a situação em termos ou-

tros, parece-me que não poderia deixar de considerar êsse detalhe de processo de julgamento.

Em verdade, Sr. Presidente, fiz a proposta de publicação do relatório porque sou vencido nessa matéria; vencido, e temente às decisões sempre tomadas pela maioria dêste Tribunal num assunto dessa natureza, não me considero, entretanto, incoerente votando como acabei de votar na outra questão porque, em verdade, a parte trouxe ao Tribunal, para julgamento do seu contencioso, o seguinte: o Sr. Ministro de Estado apontado como autoridade coatora fundou a sua decisão administrativa numa decisão de direito ordinário tida como inexistente porque revogada, implicitamente, pela Constituição.

Neste caso, o que se ataca, em substância, é o ato apontado como nulo, ou inconstitucional, ou ilegal. Mas fundamentalmente tido como abusivo, porque baseado em lei tida como inexistente, ou revogada, ou tirada de curso; ato abusivo que também, em princípio, dá lugar ao pedido de mandado de segurança, porque o que está no § 24 do art. 141 da Constituição é "ilegalidade ou abuso de poder". E toda vez que uma autoridade decida sem que exista lei ou princípio que a autorize a decidir, estará cometendo um ato abusivo. E' isto, fundamentalmente, o que está em choque. Por isso tudo teríamos um julgamento ordinário, puro, porque a tirada de circulação de uma lei não é bem um problema de inconstitucionalidade no sentido do art. 200 da Constituição.

E' nesse sentido que desprezo tôdas as preliminares e, ainda aí, peço licença ao Sr. Ministro Ábner de Vasconcelos para continuar de acôrdo com S. Excia.

QUESTÃO DE ORDEM PRELIMINAR

RETIFICAÇÃO DE VOTO

(Matéria julgada)

O Sr. Ministro Armando Prado — Pelo rumo que o debate está assumindo, vejo-me forçado a modificar o meu voto, para acompanhar o do Sr. Ministro

Macedo Ludolf. Eu fazia distinção entre a preliminar levantada pelo Sr. Ministro Ábner de Vasconcelos e a questão essencial. A simples publicação do relatório não traz, como consequência fatal, a declaração da constitucionalidade ou não de lei. E' uma questão administrativa. O Tribunal pode, pois, modificar a sua decisão, pode entender que a publicação do relatório não trouxe essa consequência fatal, a que me referi. Isto, entretanto, não quer dizer que — encarando o caso concreto — possa resolver questão de tal natureza sem o *quorum*.

O Sr. Ministro Afrânio Antônio da Costa (Presidente) — A questão consiste em saber se podemos ou não continuar o julgamento.

O Sr. Ministro Armando Prado — Eu acompanho, neste particular, o voto do Sr. Ministro Macedo Ludolf.

QUESTÃO DE ORDEM PRELIMINAR

(Matéria julgada)

O Sr. Ministro Sampaio Costa — Voto de acôrdo com o Ministro Macedo Ludolf.

QUESTÃO DE ORDEM PRELIMINAR

(Matéria julgada)

O Sr. Ministro Cunha Vasconcelos — Sr. Presidente, meu voto está adstrito ao caso concreto e, em relação a êsse caso concreto, estou inteiramente de acôrdo com o Sr. Ministro Macedo Ludolf. Acho que, efetivamente, o Tribunal já tomou uma deliberação; e, sendo embora daqueles que entendem que a publicação do relatório não importa em começo de julgamento, entendo que, no caso concreto, o Tribunal já tomou uma resolução, e que a discussão da tese importará na discussão do mérito da questão, conforme declarou o Sr. Ministro Sampaio Costa, no que estou de acôrdo com Sua Excia.

QUESTÃO DE ORDEM PRELIMINAR

(Matéria julgada)

O Sr. Ministro Armando Prado — A preliminar, Sr. Presidente, versa tão

só sobre publicação de relatório. Mas, pelas considerações feitas pelo Sr. Ministro Artur Marinho, verifico que Sua Excia. coloca a questão nestes termos: a publicação do relatório é mera questão administrativa, de modo que, posteriormente, o Tribunal pode, ou tem margem para isso, alterar a decisão se, porventura, verificar que, no julgamento em tela, a matéria não é de inconstitucionalidade. Reconhece-se, assim, ao Tribunal, a faculdade de modificar essa decisão administrativa com relação à publicação do relatório, ou por outra, a publicação do relatório não importa em dizer sempre, sistematicamente, que se trata de questão de inconstitucionalidade. Com relação a esta preliminar, posta nesses termos, estou de acôrdo com Sua Excia. Reconheço que o Tribunal, mesmo tendo determinado publicação de relatório, pode, mais tarde, modificar a sua decisão, desde que venha a verificar que, na questão não se agita, realmente, matéria de inconstitucionalidade. A só publicação do relatório não traz como consequência fatal a declaração de que o problema é de inconstitucionalidade de um ato baseado em lei.

Nos termos em que é colocado o assunto, como acabei de fazer, voto de acôrdo com a preliminar; quanto ao mais, porém, mantenho o voto que já enunciei.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte:

Resolveu-se contra o voto dos Srs. Ministros Artur Marinho, Ábner de Vasconcelos e Djalma da Cunha Melo, ser indispensável a totalidade dos membros do Tribunal para prosseguir no julgamento.

1.^a PRELIMINAR

O Sr. Ministro Artur Marinho — Senhor Presidente: Os termos do relatório põem em realce duas questões preliminares, levantadas pelo provento Sr. Dr. Subprocurador Geral da República, questões preliminares condensadas consoante a linguagem da causa e no exer-

cício regular de um dever — bem exercido e bem exposto a êste Juízo alto. Proponho que o Tribunal decida, uma a uma, cada questão preliminar que não possa prejudicar uma à outra. O meu voto sobre a primeira questão preliminar é o seguinte:

Assinala-se que o impetrante, Senhor Teodomiro Tostes, servindo cargo diplomático, precisou, para casar-se, de autorização do impetrado, o Sr. Ministro das Relações Exteriores, *ex-vi* do art. 3.^o, *in fine*, do decreto-lei n.^o 9.202, de 26 de abril de 1946, a saber:

“Os funcionários da carreira de diplomata só poderão casar com brasileira nata, e mediante autorização do Ministro de Estado”.

Aquêle impetrante indicou quem sua noiva, a senhorita Mary Kler, nascida na Rússia mas naturalizada brasileira. O Ministro indeferiu o pedido de autorização: reparou que num tal caso a lei só permitia o casamento com brasileira nata, excluindo, portanto, a naturalizada.

Conforme está marcado no relatório, o *writ* visa afastar o mencionado ato, que considera nulo em seus efeitos por fundar-se em disposição de lei contrária à Constituição superveniente porque distingue entre brasileira nata e brasileira naturalizada, onde não devera distinguir.

Mas, preliminarmente, a douta Subprocuradoria Geral da República adverte que o interesse para a irrogação da inconstitucionalidade ou o que couber é direto da senhorita Kler, que não é parte na demanda, e não do impetrante. E' ela e não êle quem sofreria a restrição a direito que teria em próprio, dessarte não sendo de conhecer do mandado de segurança.

Improcede.

Trata-se de casamento com determinada pessoa da escolha do demandante, impedido de realizá-lo por um ato de autoridade. Ou seja, de um ato da vida civil do impetrante que, em princípio, tem direito a casar com quem julgar acertado; ato que, por bilateral,

nunca poderia objetivar-se sem o concurso de dois, um dos quais é o postulante do *writ*. A meu ver, só por isso está legitimado o interesse moral e talvez material do impetrante para o exercício da demanda, exatamente como resulta de velha regra de direito, que o art. 76 do Código Civil cristalizou e que o 2.º do de Processo respectivo reproduziu, tanto mais quanto: a) de fato, com reflexo inequívoco sobre as relações jurídicas pertinentes, a apontada noíva, única com direito a contrariar ao autor, não o desautora em indicá-la como sua escolhida para o casamento que o ato atacado está obstruindo; b) cogitando-se de coibir o que se irroga com inconstitucionalidade ou abuso de autoridade, tal o desenho da hipótese, o direito de petição, aqui por paridade séria, sempre está presente, *ex-vi* do parágrafo 37 do art. 141 da Constituição, *si et in quantum*, combinável, quando nada com o art. 144 do mesmo Pacto Supremo, visto achar-se em causa direito subjetivo pertinente às garantias asseguradas a ambos os interessados na esfera mesmo dos individuais.

Nem é só. Quando meditamos que o impetrante reúne ainda outros interesses em jogo, porventura armáveis em estado potencial de direito, *v. g.* não ter feito voto de celibato para continuar diplomata caso não abrisse mão de eleger para consorte a mulher a quem realmente quisesse — amasse, diga-se sentimentalmente, que o sentimentalismo num caso assim é de profunda ressonância na vida dos indivíduos normais, compreende-se facilmente que o direito deve proteger a tão altos interesses e sentimentos jamais atingíveis quando contrariados sendo o direito à demanda, dos mais flagrantemente justos. Um mestre insigne, Ihering, acentuava que a função mais geral do direito é a de realizar-se, direito que não se realize não sendo absolutamente direito senão uma falácia incompatível com a realidade. O direito não pode viver num mundo de abstrações, donde a doutrina de seu dinamismo fundamental por meio das ações, cujo marco de chegada

é a execução de interesse ao mesmo tempo individual e social.

Ademais, numa semelhante emergência, e sem embargo de cogitar-se de mandado de segurança — também ação de rito sumaríssimo, mas ação — admitir-se-ia litisconsórcio ativo dos dois candidatos ao casamento, ou até coautoria na demanda, fundado na comunhão de interesses (ilustração; art. 88 do C. P. C.). E pela mesma razão de fundo, há de admitir-se a atividade isolada de um, que, na hipótese, é o impetrante.

Não dando pela preliminar, conheço do pedido de mandado de segurança.

1.ª PRELIMINAR

O Sr. Ministro Armando Prado — Por mais calorosa que seja a acolhida que devo e sempre dispenso às ponderações de S. Excia. o Sr. Dr. Subprocurador Geral, confesso que, na espécie que ora se decide, não me comove a conclusão a que S. Excia. chega. Assegura que o direito líquido e certo seria, aqui, evidentemente, antes da brasileira naturalizada e não do impetrante e, assim, a concessão da segurança a este reverteria em declarar, em tese, a inconstitucionalidade da lei.

Penso eu que o direito ao casamento é tanto do homem quanto da mulher. No caso em aprêço, o paciente da lesão é o homem. A ele foi que se negou permissão para matrimoniar-se, lógico, natural e até cavalheiresco, é que seja ele quem venha a liça e pugne pelo remédio. O seu interesse moral é indiscutível. O direito de petição é indistigível.

Peço vênha ao Sr. Ministro Relator para fazer minhas as suas brilhantes considerações, ao apreciar outros aspectos que a matéria pode apresentar.

Acompanho o voto de S. Excia.

1.ª PRELIMINAR

O Sr. Ministro Abner de Vasconcelos — De acôrdo com o Sr. Ministro Relator.

1.^a PRELIMINAR

O Sr. Ministro Macedo Ludolf — Desprezo a preliminar, de acôrdo com o Sr. Ministro Relator.

1.^a PRELIMINAR

O Sr. Ministro Sampaio Costa — Senhor Presidente, voto a preliminar, de acôrdo com o Sr. Ministro Relator.

Sempre entendi que a lei, em tese, não pode ser atacada por mandado de segurança, mas que poderá sê-lo através de ataque ao ato fundado nela. Ora, o ato apontado como coator é o que proíbe o requerente de contrair núpcias com a pessoa por êle escolhida. Logo, o ato atacado refere-se, em concreto, ao impetrante. Embora êsse ato se baseie em determinada lei, desde que essa lei possa ser considerada inconstitucional, não há como recusar o direito de pleitear o mandado de segurança, nas condições em que se encontra o impetrante.

Rejeito a preliminar levantada.

1.^a PRELIMINAR

O Sr. Ministro Cunha Vasconcelos — De acôrdo com o Sr. Ministro Relator.

1.^a PRELIMINAR

O Sr. Ministro Henrique D'Ávila — Desprezo a preliminar, de acôrdo com o Sr. Ministro Relator.

1.^a PRELIMINAR

O Sr. Ministro Djalma da Cunha Melo — O writ foi pedido contra ato do Ministro do Exterior, que desatendeu a uma pretensão do impetrante. Só o desatendido é parte legítima para requerer o mandado de segurança. A preliminar da Suprocuradoria Geral da República não tem procedência alguma. Rejeito-a.

2.^a PRELIMINAR

O Sr. Ministro Artur Marinho (Relator) — O parecer do eminente representante da União invoca o art. 320, II, do Código de Processo Civil, consoante o qual não se daria o mandado

de segurança postulado porque o impetrante não usou, anteriormente, de recurso administrativo cabível em tese.

Não acolho a preliminar.

Em princípio, porque continuo firme no sustentar que aquela disposição do Código, feita para regular situações num tempo em que o writ se tornara pura medida de lei ordinária (do decreto-lei número 6, de 1937, regida em detalhes posteriores pela lei 191, de 1936, no que persistiu, até a entrada em vigor do dito Código), visto como a Carta decretada em 1937 suprimira o mandado, sofreu decesso absoluto pela amplitude do § 24 do art. 141 da Constituição de 1946. Já procurei demonstrar circunstanciadamente porque assim, em mais de um voto proferido nesta Casa.

E na espécie sobe de ponto a consistência do modo por que concluo. E' que o caso dos autos envolve peculiaridades para as quais solicito a esclarecida atenção dos provectos Srs. julgadores, às seguintes:

O ilustre Sr. Ministro impetrado, em consonância com o conselho técnico do Sr. Consultor Jurídico do Ministério das Relações Exteriores, o provecto Dr. Leví Carneiro, realçou uma política interpretativa do Govêrno quando asseverou que ao Poder Executivo falha competência para negar eficácia ou aplicação a leis que se consideram inconstitucionais, ou às implicitamente revogadas pela Constituição nova. Expuseram largamente porque assim, afirmando que o problema deveria, de logo, ser submetido ao Judiciário, caso persistisse o interessado no propósito de procurar esclarecer seus alegados direitos (parecer fls. 8 a 10 v. e informações, fôlhas 21 a 22).

Ora, se o Executivo não se teve como bastante credenciado para decidir sobre a alegada inconstitucionalidade, é claro que proclama a inadequação de recurso administrativo. Dada a responsabilidade da assertiva do Sr. Ministro de Estado competente, o Sr. Presidente da República, para quem apelaria o prejudicado, não conheceria do recurso, ou o primeiro não o encaminharia ao último. Êsse dilema do fato, visto tam-

bém à luz de preceitos adequáveis e que a Circular n.º 18, de 1946, da Secretaria da Presidência da República, procurou consolidar, não pode sofrer contestação específica e qualquer de suas pontas mostra a inanidade de recurso administrativo de que lançasse mão o ora solicitante do writ.

Essa, pois, a peculiaridade do caso dos autos para a qual pedi a douda atenção dêste juízo, sobretudo a dos que aqui, ainda advogam o vigor do art. 320, II, do Código de Processo Civil.

Já contamos, aliás, com um precedente afastando a exigência de recurso administrativo inútil, ou incapaz de produzir resultados produtivos: assim votaram no mandado de segurança n.º 90, até mesmo os partidários da doutrina da sobrevivência daquela disposição do Código.

Em consequência, sou pelo conhecimento do mandado, o que faria de qualquer maneira no caso dêstes autos.

2.ª PRELIMINAR

O Sr. Ministro Armando Prado — Na 2.ª preliminar de acôrdo com o Relator. Para mim o disposto no artigo 320, II, do Código de Processo Civil, é incompatível com o art. 141, § 24. Só se admitia a tese no regime anterior com que o mandado de segurança era objeto de lei ordinária.

2.ª PRELIMINAR

O Sr. Ministro Abner de Vasconcelos — Voto de acôrdo com o Sr. Ministro Relator, pois assim tenho me manifestado anteriormente.

2.ª PRELIMINAR

O Sr. Ministro Macedo Ludolf — Meu voto sôbre a matéria já é conhecido, conforme pronunciamento em vários casos anteriores. Sou pela eficácia do artigo 320, alínea 2, do Código de Processo Civil, mas, como bem realçou o Sr. Ministro Relator, estou de acôrdo em que, dadas as peculiaridades do caso, não se pode considerar cabível no presente processo a aplicação dêsse dispositivo porque não se configura a hi-

pótese do recurso administrativo com efeito suspensivo, independentemente de caução. Não se verificando tal situação, a solução que se impõe é no sentido de se conhecer do pedido. Por êstes fundamentos, voto de acôrdo com o Sr. Ministro Relator.

2.ª PRELIMINAR

O Sr. Ministro Sampaio Costa — Senhor Presidente. O eminente Ministro Relator fez menção a votos proferidos neste Tribunal que asseguram a vigência do art. 320 do Código de Processo Civil. Sempre votei, nesse sentido, desde que funciono neste Tribunal. Não é mais o momento de aduzir considerações outras para fundamentar os motivos que me levaram, e me levam, a reconhecer esta obrigatoriedade. No caso em espécie, levanta S. Excia. o Senhor Ministro Relator, com a proficiência de sempre, considerações, de respeito à peculiaridade do caso, que poderia levar aquêles que se filiam na minha corrente à dispensa, do caso concreto, do recurso de que fala o inciso 2.º, do art. 320, do Código de Processo já citado. Sem embargo da opinião de S. Excia., e sem deixar mesmo de reconhecer as peculiaridades por êle apontadas, nem por isso, com a devida vênia, deixo de acolher a preliminar. Se é certo que o Ministro de Estado das Relações Exteriores, Sr. Raul Fernandes, um dos juristas mais acatados do Brasil, acentua, desde logo, a sua opinião e a do não menos insigne jurista Dr. Levi Carneiro, consultor jurídico do mesmo Ministério — no sentido da inconstitucionalidade da lei atacada, nem por isso, seria de desprezar o recurso facultado pela lei à suprema autoridade do Chefe da Nação. E' muito provável que esta autoridade se louvasse no parecer e na exposição de motivos levados à sua consideração pelo eminente titular da pasta do Exterior, com a circunstância de que, no caso, em face mesmo do apontado pelo eminente Relator, seria, desde logo, lido e encaminhado a S. Excia. o parecer do consultor jurídico do Ministério das Relações Exteriores. Mas nem por

ser possível essa louvação é de negar-se que poderia o Chefe da Nação tomar conhecimento do recurso e provê-lo desde logo. Quando a lei estabeleceu a necessidade e obrigatoriedade do recurso para a concessão do mandado de segurança, teve em vista alto princípio de praxe administrativa e de direito administrativo que recomendam que os atos das autoridades sejam sempre revistos, no possível, dentro da própria esfera administrativa porquanto o ato de que cabe recurso não é ainda um ato que se possa dizer que tenha chegado a seu termo. Diante dessas circunstâncias, e já conhecido o meu voto, apóio a preliminar do Dr. Procurador.

2.^a PRELIMINAR

O Sr. Ministro Cunha Vasconcelos — Sr. Presidente, eu encontraria solução da questão preliminar dentro da própria lei ordinária, ainda que se pretendesse admitir o impedimento do inciso 2.^o do art. 320 do Código de Processo Civil. É de notar que o impedimento à concessão do mandado de segurança só seria imperativo quando coubesse recurso administrativo, com efeito suspensivo independentemente de caução. Na hipótese, se a parte tivesse usado de recurso, a interposição desse recurso não suspenderia o efeito do ato administrativo; seria caso de mandado de segurança, mesmo dentro da lei ordinária. Entretanto, estou de pleno acôrdo com o Sr. Ministro Relator. Entendo que nenhuma lei ordinária, nem o Código de Processo, nem o estatuto dos funcionários, que menciona impedimentos análogos, por isso que diz que o funcionário não poderá recorrer ao Poder Judiciário sem esgotar a esfera administrativa, subsiste. Entendo que nenhum dos dois diplomas poderá restringir o direito assegurado pela Constituição, artigo 4.^o:

“Para proteger direito líquido e certo não amparado por *habeas-corpus*, conceder-se-á mandado de segurança, seja qual fôr a autoridade responsável pela ilegalidade ou abuso do poder”.

O Sr. Ministro Artur Marinho acen-
tuou bem que o Código de Processo, o

Estatuto dos Funcionários e outras leis, que acaso dispusessem sobre a matéria, teriam tido acatamento na vigência de 1937, porquanto o mandado de segurança era objeto de lei ordinária e não da Constituição. Hoje, entretanto, estou na linha daqueles que entendem que não é possível admitir qualquer restrição.

2.^a PRELIMINAR

O Sr. Ministro Henrique D'Ávila — Sempre votei neste Tribunal, Sr. Presidente, no sentido da vigência do artigo 320, inciso 2.^o, do Código de Processo Civil, isto é, que obriga a parte esgotar todos os recursos da órbita administrativa para que possa postular no Judiciário, por via de mandado de segurança. Mas, no caso em aprêço, dadas as peculiaridades enunciadas pelo Sr. Ministro Relator, o apêlo administrativo quando cabível, seria inoperante dado o fato de o Executivo já se haver manifestado pelo reconhecimento de sua incompetência para decretação da inconstitucionalidade invocada. Porisso, entendo que o interessado dirigindo-se, desde logo, ao Judiciário, agiu legítima e acertadamente.

Desprezo, portanto, a preliminar, de conformidade com o voto do Sr. Ministro Relator.

2.^a PRELIMINAR

O Sr. Ministro Djalma da Cunha Melo — Embora entenda em vigor o art. 320, do Código de Processo Civil, vejo que a espécie *in concreto* nêle não se enquadra. Rejeito a preliminar.

VOTO-MÉRITO

O Sr. Ministro Artur Marinho (Relator) — Taxa-se de inconstitucional ao art. 3.^o, do decreto-lei n.^o 9.202, de 26 de abril de 1946, já transcrito no relatório e lido textualmente em um de meus votos preliminares. Ou antes, tais os termos do problema, que aquêlo artigo, anterior à Constituição de 18 de setembro de 1946, na parte impugnada, colide com certas regras de fundo estatuídas para a ordem nova derivada.

Caso, portanto, de incompatibilidade entre lei ordinária antiga e preceitos pertinentes na Constituição posterior. Incompatibilidade parcial, porque não se cogita de decidir sem provocação específica, se funcionários da carreira diplomática podem ou não contrair núpcias com estrangeira: impugna-se apenas a doutrina, que seria a legal, de só poderem casar com brasileira nata e não com brasileira naturalizada.

Circunscrevendo-me ao efetivamente decisório, apóio o pedido do impetrante. Entendo, pois, que se deve ter como não escrita ou nulificada, ou tornada inexistente, a restrição antes imposta pelo adjetivo-jurídico *nata*, do art. 3.º questionado.

Com efeito:

Ao declarar direitos em geral, o que importa argumento de rubrica, e mais acentuadamente ao versar o problema “da nacionalidade e da cidadania”, o que conduz ao domínio do específico, a Constituição de 1948 marcou literalmente que “*são brasileiros*”, entre outros, “*os naturalizados pela forma que a lei estabelecer*” (art. 129, IV, 1.ª parte).

São brasileiros, pura e simplesmente isso, sem distinção alguma entre os nascidos no Brasil, ou brasileiros natos, e outros que, por outros meios ou formas, entre os quais os naturalizados, adquiriram a nacionalidade brasileira. A nacionalidade anterior não conta, até porque o problema que aqui se apresenta, à diversidade de controvérsias outras ou doutras índoles (casos de polipatria, ou distinção entre naturalização e mudança de naturalidade), só é atinente a uma questão de ordem interna nacional do Brasil, sobretudo no que toque a direitos e garantias individuais, entre estas e êstes ou civis próprios, assegurando, no fundo, pelo art. 141, da Constituição, no concernente à liberdade, que esta é, *in casu*, o que se acha realmente em causa. Liberdade de escolher com quem casar, salvo o que fôsse defeso pela Constituição mesmo, ou o que fôr atentório da ordem pública, da moralidade e dos bons costumes; liberdade para todos igual perante a lei, que não prejudica o chamado direito adquirido (ar-

tigo por último cit., §§ 1.º e 3.º, combs., no adequado). Uma lei nova não criaria impunemente distinção entre brasileiros natos e brasileiros naturalizados, todos brasileiros conforme a Lei Suprema, nem prejudicaria situação jurídica subjetiva perfeitamente definida, objetivável com liberdade comportável; desarte, lei anterior que o tiver feito, e êsse é o caso em análise, reputar-se-á tácitamente revogada por contrariar preceitos inequívocos da Constituição e do regime nela esteriopado.

Mesmo ao tempo da Carta de 1937, tal o preceito de seu art. 115, perguntar-se-ia: o art. 3.º do decreto-lei questionado poderia dispor como dispôs, ou indagar-se-ia se outras leis, *v. g.* o decreto-lei n.º 389, de 1938 (art. 7.º), poderiam autorizar, contra o decreto-básico de 1937, que as leis federais restringissem o gozo de direitos civis e políticos de brasileiros naturalizados? Já então se poria uma questão de inconstitucionalidade, só explicável pelo autoritarismo que prometia uma coisa na Carta e fazia outra por leis ordinárias como se a própria Carta fôsse letra morta. Questão de inconstitucionalidade que, agora, se resolve no plano de incompatibilidade com a ordem, realmente constitucional de 1946.

Eis aí os termos do problema específico. Robustece ainda a conclusão a que chego quando se tem em aprêço que a Lei Magna, embora para outro objetivo ou com alcance diverso, visou, expressamente, no art. 31, I, ser vedado “criar distinções entre brasileiros (textuais)”, o que impressionou ao eminente Consultor Jurídico do Ministério do Exterior ao fundar seu parecer naquela disposição. A mim o alí disposto impressionaria menos, porquanto, como reparei, é outro seu objetivo ou outra é sua indicação teleológica; mas, seja como fôr, ostenta um sistema ligado à natureza do regime, podendo, pois, abrangedoramente, descer ao fato concretizando num legítimo *ubi ratio ubi dispositio* de caráter político baixável ao plano jurídico.

Exceções? Há, sim. Mas sòmente aquelas que a própria Constituição as-

senalou e estabeleceu, ou as que decorram necessariamente de suas preceituações. Exemplo: art. 80, I, e remissão feita do inciso, isto é, só serem elegíveis para a Presidência e para a Vice-Presidência da República os brasileiros natos ou os que, à margem do *jus soli* ou *ad latere* do princípio da territorialidade, ali estão explicitamente indicados.

Ainda e finalmente, contanto que procuremos acalmar escrúpulos ligados a sentimentos patrióticos que às vezes se hipertrofiaram:

Pode-se descobrir facilmente porque o art. 3.º e outras disposições da lei incriminada providenciaram a proibição em causa e outras de idênticas raízes. Dominou a idéia de segurança ou de acautelar interesses brasileiros, expontáveis em certos momentos de conflito aberto ou lavrado entre o Brasil e a nacionalidade de origem de mulher naturalizada que se casasse com diplomata, e também a de assegurar um tanto à vontade com que brasileiros pudessem, no estrangeiro, tratar ou conviver com diplomata brasileiro sem o constrangimento dêste ter em família uma antiga estrangeira, potencial ou veladamente hostil ao Brasil ou a seus usos e costumes. Ambas as circunstâncias podem merecer respeito, mas não resolveram o caso pela persistência do tópico impugnado no art. 3.º em estudos. Em primeiro lugar, não vivemos em regime em que a suspeita ou o ódio, ou uma e outro possam ser erigidos em regra num caso como o versado; não se legislaria para exceções odiosas. Em segundo lugar, ainda que pudesse dominar a necessidade da prevenção, não seria lei inferior que modificaria eficazmente a de hierarquia sem par, apertando e restringindo onde ela não o fêz. Ter-se-ia uma indicação para alterar à Lei Suprema por meio de reforma regular e não para sonegar suas garantias a pretexto de interesses incertos e aleatórios, e isso se não se encontrasse, como se encontra, nas leis, como coibir traições a interesses nacionais expontados ou expontáveis em consequên-

cia de casamentos como os que se pretendem evitar.

Finalmente, em que pese a esclarecida e sempre ponderosa opinião do Subprocurador Geral da República, o provector Dr. Alceu Barbedo, sempre vigilante naquilo que considera seu dever de defesa da União, também se apresenta despido de consistência deduzir da regra do art. 184 da Constituição a justificativa da cláusula atacada. O artigo mesmo frisa que “os cargos públicos são acessíveis a todos os brasileiros”, ainda nesse ponto *sem distinguir os natos dos naturalizados*. E’ exato que a parte final da disposição marca que para aquêlê acesso devem ser “observados os requisitos que a lei estabelecer”. Mas tais requisitos não entendem como proibição como a analisada, visto como o casamento, ato da vida civil, nada tem a ver com a funcional, nem no relativo a aptidões e capacidade, nem no concernente a meios e modos do exercício de cargo público e nem mesmo, para um diplomata, no que se torne parte de sua representação ou perante o mundanismo que porventura se lhe imponha. Casado, um funcionário, ainda que diplomata exerce as funções de seu cargo, quem quer que seja sua consorte: a questão de tato, na escolha da companheira de vida é outra, e isso não é objeto de legislação senão de atos, fatos e fatores persuasivos que o ambiente e a imposição das circunstâncias comandem. O art. 184, pois, não se dirige ao detalhe. E se tiver reflexo sôbre particularidades talvez invocáveis é exatamente para indicar que ao referir-se a brasileiros em geral, a Constituição traçou critério direto e explícito do qual a lei, para requisitos outros, não se pode afastar.

Ninguém diria que o brasileiro naturalizado mesmo, salvo restrição constitucional, não pudesse ter acesso aos cargos públicos. Pontes de Miranda em mais de uma oportunidade acentua observações exatas, dêsse teor: “a igualdade a que se refere o texto é simples postulado de igual aptidão, *apagadas entre brasileiros, quaisquer distinções de sexo, de procedência, de naturalidade, de*

estado civil (Comentários à Constituição, de 1946, vol. 4.º pág. 148").

Um brasileiro naturalizado não encontraria barreira segura na Constituição para ingressar na carreira diplomática. Por que, pois, proibir o que já está na carreira de casar com brasileira naturalizada, ligando-se à lei sobre requisitos uma exigência impeditiva que não está na legislação civil pertinente, nem é feita a funcionários outros em geral?

Impedir obrigando-o a celibato, para o qual não fez votos ou a uma escolha de consorte que não a de sua eleição real, ou ainda o obrigando, caso ponha acima da carreira os seus sentimentos pessoais e afetivos legítimos, a perda do cargo, constrangimento discricionário e violento, porque em tanto importaria uma insistência no casamento contra lei que fôsse realmente lei. Importaria porque, nos termos do art. 239, IV, do decreto-lei n.º 1.713, de 1939, é passível da pena de demissão, até a bem do serviço público, o funcionário que praticar desobediência à lei, ou mesmo o que se insubordinar gravemente contra esta, ou ainda os que se rebelarem contra ordens legais dos superiores.

O Estado não tem direito a intervir, por lei, num problema como o do impetrante, nem esta o de corporificar-se em ato administrativo, como o discutido. Em oposição, é de todos os modos evidente que o postulante conta com o direito líquido e certo de escolher a mulher que afirme ter escolhido para casar-se, ao mesmo tempo que não será, por isso que se abrirá seu direito também incontestável, de continuar a servir cargo diplomático do Brasil. O ato em contrário à legítima pretensão do autor, desautorizando seu casamento, é nenhum, porque fundado em disposição inconstitucional de uma lei ordinária.

Donde caber a segurança impetrada. Defiro-a, para o fim de possibilitar o impetrante a casar-se com a brasileira naturalizada que indica.

E' meu voto.

VOTO-MÉRITO

O Sr. Ministro Armando Prado —
Com o Sr. Ministro Relator, Sr. Presidente: concedo o mandado.

VOTO-MÉRITO

O Sr. Ministro Abner de Vasconcelos —
Meu voto é o seguinte: Quanto à hipótese de tratar-se de matéria constitucional, parece-me que, apesar da controvérsia de valiosas opiniões em contrário, só se deve considerar uma lei colidente com a Constituição, quando promulgada em desrespeito às suas disposições. Se a lei é anterior, e se expressamente a Constituição prescreve que ficam revogadas as leis que conflitem com as suas determinações, a solução da técnica jurídica ficou aí estabelecida. A lei fica revogada, se a incompatibilidade alcança a todos os seus dispositivos, ou abrogada, se apenas em parte. Parece uma superfectação dizer-se que uma lei revogada é inconstitucional, segundo o meu ponto de vista doutrinário. Contudo a discordância é apenas questão de técnica, porque, na realidade, em ambos os casos a lei perde a sua eficácia, em face do poder maior do preceito fundamental.

Ressalvando a convicção que adoto, a única influência, que a discordância podia exercer no presente julgamento, seria quanto ao *quorum* do Tribunal, hipótese que não se verifica, perdendo assim a importância prática. Contudo, não considero o mandado de segurança, como sendo a respeito de inconstitucionalidade de lei.

O direito de casar no país sofre as limitações impostas pelas leis civis. Mas, não é isto propriamente o que constitui o ponto fundamental do presente pedido. O de que ora se cogita, é de extensão dos direitos da cidadania, regulados no Tít. IV, cap. I da Constituição vigente, ou de saber se o recorrente, por força de sua função diplomática, pode ou não contrair matrimônio com mulher naturalizada brasileira, sem prejuízo de direitos, visto opor-se o decreto-lei número 9.698, de 2 de setembro de 1946, da mesma forma que, anteriormente, já o

prescrevia o decreto n.º 23.806, de 20 de janeiro de 1934. E' que, amparado na vigente lei especial, o Exmo. Ministro do Exterior negou ao recorrente a autorização pleiteada, e que visa, pelo sentido juridico do pedido, antes a conservação das prerrogativas do cargo, do que pròpriamente a realização do casamento. E' que a proibição incide no diplomata e não no cidadão comum. A tese jurídica, que se agita, é antes de natureza política, do que de direito civil e administrativo relacionada com a Constituição. Não se trata pròpriamente de impedimento matrimonial, tanto que o decreto-lei n.º 9.698, como o 23.806, determina que a sua realização importa na perda do cargo e, sob outro aspecto, na disponibilidade. Trata-se de uma medida de ordem política que o decreto-lei n.º 9.698 consignou, impedindo, funcionalmente, casamentos inconvenientes, sob certos aspectos, aos interesses nacionais.

Salientadas as circunstâncias, o decreto-lei n.º 9.698, art. 3.º, de âmbito restrito à esfera diplomática, está em conflito com o que prescreveu depois a Constituição, ficando revogado?

Desde que, pelo art. 139 da Constituição, o funcionário só perderá o cargo por algum dos modos nêle especificados, entre os quais não se inclui o disposto no art. 3.º, do decreto-lei n.º 9.698, está claro que a sua exigência excede os limites constitucionais, tornando-se inexistente.

Diante dessa conclusão que se mostra evidente, pode-se dizer líquido e certo o direito do recorrente, de casar sem sacrifício da sua situação funcional. Isso, porém, não impede o emprêgo de cautelas políticas oficiais, que por ventura forem julgadas convenientes pela autoridade recorrida.

Assim, conheço do recurso, porque o seu objetivo comporta essa forma de processo, segundo especificadamente salienta Castro Nunes, em seu *Mandado de Segurança*, pág. 47, e defiro o pedido.

VOTO-MÉRITO

O Sr. Ministro Macedo Ludolf — A matéria está amplamente esclarecida pe-

rante o Tribunal e nada mais tenho a aduzir, no sentido de me manifestar pelo acolhimento do pedido. A decidir de modo inverso seria restringir, evidentemente, um direito do cidadão, dentro do regime instituído no país pela Constituição de 1946.

O Sr. Ministro Relator, com o brilho de sempre, demonstrou que não se pode negar ao brasileiro o direito de escolher a mulher de seu agrado ou afeição, para com ela contrair matrimônio. E' um direito assegurado plenamente, independente de qualquer consideração que se possa ou deva fazer em tórno do assunto, tendo-se em vista que o matrimônio exige, como condição básica, o concurso de duas vontades. Assim, sob êsse aspecto de ordem contratual, se o funcionário ficar impedido de fazer essa escolha, que é um direito fundamental da sua qualidade de cidadão, estaremos, sem dúvida, a aplicar uma norma contrária ao regime instituído no país. De forma, Sr. Presidente, que adoto o voto do Sr. Ministro Relator, concedendo o mandado.

VOTO-MÉRITO

(Vencido)

O Sr. Ministro Sampaio Costa — Senhor Presidente, no caso posto em julgamento, me parece que estejam em jogo direitos de cidadania ou garantias concernentes aos cidadãos brasileiros. Não se nega ao requerente o direito de contrair matrimônio com a pessoa de sua legítima escolha. O que cumpre saber, o que se focaliza neste debate é se a lei ordinária pode estabelecer, ao funcionário público, condições ou impedimento de determinada ordem. O Ministro das Relações Exteriores negou o consentimento para o diplomata casar-se com a pessoa apontada, sob o fundamento de que essa pessoa não era brasileira nata. E apoiava-se na lei, então *soi-disant* vigente, que nega ao diplomata o direito de contrair matrimônio com pessoa que não seja brasileira nata. Os impedimentos opostos aos funcionários para determinados atos, determinadas funções, são, em regra,

previstos em lei. Diz-se que a lei atacada fere direito líquido e certo do impetrante de, como funcionário, casar-se com brasileira não de origem. E' o dispositivo inconstitucional, em face da Constituição?

O eminente Sr. Ministro Relator, e os demais Ministros que o seguiram, concluem que sim, que aliás êsse convencimento parte do próprio Governo. Assim, confesso, me repugna a lei que, de uma forma oblíqua, estabelece distinção entre brasileiros natos, naturalizados, quando não estribada, essa distinção, em texto explícito da Constituição. Mas a verdade — se não estou equivocado, convém que se diga. Os dispositivos impeditivos de funcionários exercitarem certos e determinados atos — matrimônio com especialidade — não são novos — são antigos. Já na vigência da Constituição de 1891 existia a lei a respeito, na carreira militar. Os aspirantes, ou os jovens oficiais, só se podiam casar depois de 25 anos e na graduação de primeiro tenente, dependendo o casamento de concessão de licença do Ministro, que, pelos regulamentos militares, promovia uma *enquête* sigilosa relativamente aos costumes, às origens e à família da futura desposada, a fim de acautelar a seleção da classe. Essas disposições ainda hoje persistem no Estatuto dos Militares. Por outro lado, também no Código Civil são elas encontradas, como, por exemplo, na questão de impedimentos sobre casamento — já não vou ao ponto dos impedimentos relativos ao parentesco em linha reta e em linha colateral, mas aos que se referem a tutor ou curador, seus ascendentes e descendentes, irmãos, cunhados ou sobrinhos, com a pessoa tutelada ou curatelada; aos concernentes a juiz ou escrivão e seus ascendentes ou descendentes, irmãos, cunhados ou sobrinhos, com órfão, ou viúva, da circunscrição territorial onde um ou outro tiver exercício, salvo licença especial da autoridade judiciária superior. Todos êsses impedimentos, inclusive os de ordem de sangue, se fundam em motivos especiais, uns que dizem respeito à moral fami-

liar, à organização da família, e outros que dizem respeito aos interesses de ordem pública ou das próprias partes.

Ora, a lei civil, como se vê, não permite casamento do juiz, do escrivão, do curador com uma brasileira nata, desde que ela seja menor. Já aí não há distinção entre os próprios brasileiros, natos que sejam, mas considerações de ordem superior, que dizem respeito à cautela dos bens dos menores, dos curatelandos.

No caso em espécie, de funcionário, *lacto sensu*, a lei estabelece uma série de impedimentos. Nessas condições, confesso aos meus colegas e não considero fraqueza nenhuma dizê-lo que não me sinto sem dúvidas para decretar a inconstitucionalidade da lei atacada.

O Sr. Ministro Artur Marinho — V. Excia. me permite um aparte esclarecedor?

De tôdas as maneiras, louvo as dúvidas de V. Excia., que são dúvidas sérias e que estão sendo expostas com extremo brilhantismo. Mas tôdas essas restrições, criadas pela legislação comum de índole civil ao casamento, estão encampadas por disposições expressas da Constituição, decorrendo dessa encampação necessária uma série de impedimentos.

O art. 163 da Constituição manda que o Estado forneça proteção especial à família legítima: "A família é constituída pelo casamento de vínculo indissolúvel e terá direito à proteção especial do Estado".

Protege-se o individuo com essas restrições porque a Constituição autoriza, ainda que implicitamente. De outra maneira não. E protege-se em determinadas circunstâncias porque, pela definição mesmo ortodoxa, velha, do casamento, a proteção é especial aos filhos mais do que aos cônjuges. Questão de regularidade do casamento, e é o que quer a lei; aqui o tema é outro.

O Sr. Ministro Macedo Ludolf — Os impedimentos a que a lei se refere visam sempre a legitimidade do ato matrimonial.

O Sr. Ministro Sampaio Costa — V. V. Excias. me desculpem, mas VV. Excias.

surgiram com apartes justamente quando eu me enchia de dúvidas e ainda não tinha concluído meu pensamento.

O Sr. Ministro Artur Marinho — Perdoação pela antecipação.

O Sr. Ministro Sampaio Costa — Daí voltarem VV. Excias. com os argumentos que eu iria colocar em confronto para ver se essas dúvidas subsistiriam.

Por ora, estou apenas a expor ao Tribunal as dúvidas que surgiram ao meu espírito de referência à lei apontada. E dúvidas tanto mais sérias desde que sabem VV. Excias., melhor do que eu, que a constitucionalidade das leis e dos atos é de ser decretada pelos Tribunais quando evidente, fora de qualquer dúvida razoável. Essa tem sido a inteligência deste próprio Tribunal, e pacífico, de todos os Tribunais do mundo. Numa das sessões passadas, tive oportunidade de, a título de curiosidade, trazer uma estatística de respeito à atuação do Judiciário na América do Norte, sobre a decretação da inconstitucionalidade das leis. E' tal o respeito à lei, presumível sempre como legítima, que, dentro de mais de um século, os Tribunais americanos decretaram inconstitucionalidade de leis federais em reduzidíssimo número. Parece-me que, na época da estatística, em 1915, existiam 72 a 100 julgados, sendo que, de 5 em 5 anos, os Tribunais decretavam a inconstitucionalidade de uma lei, tal a responsabilidade para o Juiz, tal o grau de legitimidade em que é conceituada a lei, tal a relevância da matéria.

O Sr. Ministro Abner de Vasconcelos — Mas, no caso, trata-se de revogação de lei e não de inconstitucionalidade.

O Sr. Ministro Sampaio Costa — Pouco importa, eminente colega. V. Excia., melhor do que ninguém, focalizou essa minúcia entre a inconstitucionalidade e a revogação de lei. Tem-se que examinar, em confronto com a Constituição, se ela subsiste ou não.

O Sr. Ministro Artur Marinho — Quando se aplica a lei revogada, o ato é abusivo e também dá lugar ao mandado de segurança.

O Sr. Ministro Sampaio Costa — Não sei se voltarei mais ao caminho que havia traçado para o meu voto. Talvez me hajam fugido algumas idéias, com essa digressão posteriormente formada.

Queria acentuar que a Constituição, quando assegurou a formação da família, expressou-se de um modo genérico, não especificou casos. Permito-me encaminhar o assunto dentro de saber se, em legislação ordinária, é dado prescrever aos funcionários determinadas restrições para o exercício de suas funções. A mim me parece que a legislação ordinária, determinando que o funcionário não se possa casar com pessoa que não seja brasileira, não está ferindo o texto constitucional que proíbe a distinção de classes, de nacionalidade, porque a função pública tem sua origem nas necessidades do Estado. O funcionário público tem, assim, que se ater a muitas restrições de ordem geral que não feitas aos demais cidadãos.

A lei é dura, mas tem sua justificativa, justificativa essa que, ressaltando a sua inconstitucionalidade, não deixou de apontar, de modo geral, o proveito Sr. Ministro Relator.

A finalidade da lei é resguardar os altos interesses nacionais. Ela não proíbe ao cidadão esposar quem quer que seja. Proíbe ao funcionário que exerce determinada profissão, pela peculiaridade da mesma, casar-se com pessoa outra que não seja brasileira nata. São os requisitos especiais, referentes à função e não à qualidade do cidadão, que impõem essa restrição. Nem porque, como disse e torno a repetir, o Código tenha proibido ao Juiz ou ao Escrivão casar-se com menor órfão, fêz restrição ao cidadão que queira casar-se porque ele poderá deixar a função e realizar a sua vontade.

O funcionário, dentro dos limites da lei, é um instrumento do Estado, é um instrumento da lei. Não tem a volição completa sobre todos os atos, muitos dos quais lhe são proibidos. Há proibição do funcionário advogar. Há proibição de certos funcionários, altos funcionários e mesmo membros do legisla-

ivo, fazerem contratos. São restrições impostas em função do bem público.

Por conseguinte, acho que a lei não feriu o dispositivo constitucional de maneira clara e precisa porquanto o contrangimento é entre a função e o casamento; aí não há impedimento algum, ele é livre de contrair matrimônio desde que dentro dos limites e das concessões que a lei permite. O que a lei lhe nega é que, como funcionário, contraia matrimônio sem que seja com uma brasileira nata. Eu lamento. Tenho espírito liberal. Talvez esteja em erro, mas se estou, é fruto de uma convicção tanto maior quanto a que me defronto, com a velha regra de declaração da constitucionalidade das leis. Nego o mandado, Sr. Presidente.

VOTO-MÉRITO

O Sr. Ministro Cunha Vasconcelos — Sr. Presidente, concedo o mandado, porque sumariando, sintetizando as razões do Sr. Ministro Relator, entendo que ao exercício do direito da cidadania não se podem impor restrições maiores do que aquelas que a própria Constituição menciona. Não entendo, como tão brilhantemente expôs o Sr. Ministro Sampaio Costa, que o impedimento da lei comum se possa transformar num dos requisitos para o ingresso na função pública — e só nesse caso serão legítimos os impedimentos surgidos. Na hipótese, restringe-se direito de parte a parte, da naturalizada e do cidadão brasileiro. — Não conheço, *data venia*, hipótese em que mais tipicamente caiba o mandado. Estou de acôrdo com o Sr. Ministro Relator.

VOTO-MÉRITO

O Sr. Ministro Henrique D'Ávila — A despeito do brilhantismo costumeiro com que o eminente Sr. Ministro Sampaio Costa propugna pelo indeferimento da medida pleiteada continuo na firme convicção de que razão assiste ao Sr. Ministro Relator em conhecer ao impetrante direito líquido e certo a segurança impetrada. Defiro, por isso, o pedido, na forma da inicial.

VOTO-MÉRITO

(Vencido)

O Sr. Ministro Djalma da Cunha Melo — Nego o writ impetrado. O art. 3.º do decreto-lei n.º 9.202, de 26 de abril de 1946, nem ao menos inova no campo do nosso direito positivo. A proibição dêle constante vem de mais longe. Constatava do decreto n.º 23.805, de 26 de janeiro de 1934, do decreto n.º 24.113, de 12 de abril de 1934 e do decreto-lei n.º 791, de 14 de dezembro de 1938. Não conheço precedente jurisprudencial, ou fato, permissivo da inferência de que anteriormente se haja tildado de inconstitucional a exigência. Não vejo por onde taxá-la hoje, de inconstitucional. Os escritores mais autorizados de direito público ainda discutem sem firmeza a natureza jurídica da função pública. Estão de acôrdo, porém, quanto à aceitação de que, nas relações entre funcionário e Estado, um, o Estado, prepondera, tem papel precípua, dita as condições, outro o candidato à função aceita e fica, ou declina da candidatura. Nem poderia deixar de ser assim. A missão de altos remígios que toca ao Estado desempenhar, a organização dos serviços públicos, o interesse dêsse serviço, estão acima do interesse pessoal do empregado, por sorte a que êste não possa constituir um óbice àquele *desideratum*, um entrave ao interesse do serviço. Atendendo a isso foi que nosso direito positivo consagrou em seus preceitos a *teoria do estatuto*, reminiscência da *requisição*. Foi que a Superlei, — seguindo as precedentes, note-se, — estabeleceu no art. 184: — os cargos públicos são acessíveis a todos os brasileiros, *observados os requisitos que a lei estabelecer*. *Mutatis mutandis* o art. 73 da Carta de 91, o 168 da Lei Básica de 34, o 122, 3.º, da portaria-Constituição de 1937. Deixou-se, à lei ordinária, a discriminação dos pressupostos para os cargos. O Serviço Público, com suas peculiaridades, influirá nos requisitos de idoneidade especial para os titulares dos respectivos cargos. Ora, exigir-se de um diplomata, que só possa casar com brasileira nata, não é algo estar-

recedor. E' até pôr em prática aquêlê *direito primário de auto-defesa inerente a tôda sociedade organizada e a todo o Govêrno autônomo*, de que falava Black, ao que li em Castro Nunes. A limitação posta pela lei obedece a intuios manifestamente salutarés. "Quando a Constituição prescreve as liberdades do cidadão e lhes adscribe as garantias correlatas, é óbvio que, — diz o Sr. Castro Nunes, citando Letelier (em "Do Mandado de Segurança", ed. de 1946, pág. 175); — implicitamente, pela regra revelada de que aos fins correspondem os meios, arma o Estado dos meios adequados a defendê-las, mantê-las, assegurar-las, impedindo que delas resulte a anarquia, o abuso, a licença, que seriam a própria negação daquelas liberdades". E' com fundamento no poder de polícia que aceito essa restrição, pois que é êsse um poder implícito que tem por fim imediato a promoção do bem público, por meio de restrições aos direitos privados" (C. Nunes, ob. cit., página 177).

Refleta-se no conteúdo da função diplomática. Não é o diplomata um elemento ocioso, inócuo, mero conviva de banquetes e de festas outras. E' um agente de confiança absoluta do seu País, do qual se espera discreção máxima, sigilo. Interêsses políticos, relevan-

tíssimos, econômicos e militares estão aos seus cuidados. Por uma exacerbação no princípio da isonomia, não vou tirá-lo do art. 141, § 1.º, do capítulo — Direitos Individuais — da Constituição, para torniquete do Estado, do Poder Público, no propósito, sobremaneira recomendável, de resguardar o cargo diplomático e a função diplomática das conseqüências de que a regra de provisão impugnada se ocupa.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte:

Preliminarmente repeliu o Tribunal a falta de qualidade do impetrante para o exercício da demanda, por unanimidade. Preliminarmente, ainda, deu como hábil o ingresso do recorrente ao judiciário sem prévia reclamação administrativa, contra o voto do Sr. Ministro Sampaio Costa. No mérito foi concedido o mandado por incompatível com princípios constitucionais, o art. 3.º, do decreto-lei n.º 9.102, de 26 de abril de 1946, contra os votos dos Srs. Ministros Sampaio Costa e Djalma da Cunha Melo, que denegaram. Usaram da palavra o advogado Dr. Tancredo Tostes e o Exmo. Sr. Dr. Subprocurador Geral da República, respectivamente, pelo requerente e pelo Ministério Público.