MAGISTRADO — SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR — VAGA PRIVATIVA

— É válida a nomeação que tem por objetivo repor a proporcionalidade, na composição do Supremo Tribunal Militar, entre vagas privativas.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Antonio Carlos de Seixas Telles e outros *versus* Presidente da República e Ministro Presidente do Superior Tribunal Militar e Jorge Alberto Romeiro.
Mandado de Segurança n.º 20 209 — Relator p/o acordão: Sr. Ministro RAFAEL MAYER

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plena, na conformidade da ata de julgamentos e notas taquigráficas, por maioria de votos, em rejeitar a preliminar de ilegitimidade dos impetrantes e denegar a segurança.

Brasília, 10 de outubro de 1979. *Xavier de Albuquerque,* Presidente. *Rafael Mayer,* Relator para o acórdão .

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Xavier de Albuquerque: Com a aposentadoria, ocorrida a 26 de março deste ano, do Ministro Waldemar Torres da Costa, vagou-se um cargo de Ministro Civil do Superior Tribunal Militar, para cujo provimento o Presidente da República submeteu à consideração do Senado Federal o nome do Dr. Jorge Alberto Romeiro. Isso deu causa a que treze auditores da Justiça Militar da União pedissem ao Supremo Tribunal Federal mandado de segurança contra o Presidente da República e o Presidente do Superior Tribunal Militar, "por estarem — diz a petição inicial — no processamento de atos complexos que devem ser praticados por ambos, sucessivamente, para o preenchimento da vaga de Ministro Civil daquela Alta Corte Castrense, destinada a Auditor, aberta pela aposentadoria do Senhor Ministro Waldemar Torres, afrontando, ambos, cada um na tarefa que lhe compete, texto expresso da Constituição vigente (letra *b*, do parágrafo 1º, do art. 128), que assegura o direito eventual de nomeação de um dos componentes de sua classe".

Buscando demonstrar que a vaga em apreço deve ser provida por auditor da Justiça Militar, começam os impetrantes por argüir a inconstitucionalidade do art. 6º da Lei Orgânica da Magistratura Nacional, na parte em que trocou a conjunção aditiva *e*, empregada no art. 128, § 1º, letra *b* da Constituição — "dois auditores e membros do Ministério Público da Justiça Militar, de comprovado saber jurídico" — pela alternativa "ou" — "... dois juízes auditores ou membros do Ministério Público da Justiça Militar, de comprovado saber jurídico". Essa alteração, os impetrantes a impugnam, antes do mais, porque ela teria passado a atribuir inconstitucionalmente ao Poder Público a faculdade de nomear seguidamente dois representantes de uma das duas categorias funcionais em questão, com prejuízo dos integrantes da outra.

Fazem os impetrantes, a seguir, resumo histórico, que remonta ao advento da Emenda nº 1, de 1969, à Constituição de 1967, das sucessivas vacâncias de cargos de Ministro Civil do Superior Tribunal Militar e dos respectivos atos de provimento, pelo qual intentam demonstrar que a vaga, de que agora se trata, cabe a um dos auditores, de cuja classe deve sair o escolhido, pelo que a indicação do nome do Dr. Jorge Alberto Romeiro constitui desrespeito à Constituição e afronta ao seu direito.

Observam ainda os impetrantes, sempre no propósito de sustentação da premissa de que a vaga deixada pelo Ministro Waldemar Torres da Costa deve ser destinada a um dos auditores, que houve inexatidão material no decreto de nomeação do atual Ministro Georgenor Acylino de Lima Torres, que era, anteriormente, auditor da Justiça Militar e seu Corregedor. Rezou o decreto, com efeito, que a nomeação se fez com fundamento no art. 128, § 1º, letra *b* da Constituição, que trata da escolha, pelo Presidente da República, dentre os auditores e membros do Ministério Público Militar, quando na verdade, ela se fundamentou na letra *a* dos mesmos artigos e parágrafo, na qual se cuida, ao invés, da escolha presidencial dentre quaisquer juristas de notório saber jurídico e idoneidade moral, com prática forense de mais de dez anos. Essa inexatidão, todavia, para os impetrantes, não tem relevância. Era de livre escolha a vaga preenchida com a nomeação do Ministro Lima Torres, pois a abrira o falecimento do Ministro Alcides Carneiro, ele próprio nomeado pelo mesmo processo. Assim o reconhecera, aliás, o Superior Tribunal Militar, que, ao comunicar, por ofício ao Presidente da República, o falecimento do Ministro Alcides Carneiro, informou-o de que o critério para o preenchimento da vaga era o de livre escolha, nos termos da letra *a*, do § 1º, do art.

128 da Constituição. E o Presidente da República, tendo ampla liberdade de escolha, tanto podia convidar um estranho, quanto podia escolher um membro do Ministério Público ou um auditor, sem desnaturação do sistema e sem que a nomeação deixasse de ser por livre escolha.

No mesmo dia em que me foi distribuído o feito e me vieram conclusos os respectivos autos, os impetrantes peticionaram dando conta de que o Presidente da República já havia assinado o decreto de nomeação do Dr. Jorge Alberto Romeiro. Diante do fato novo, pediram que a medida liminar, antes requerida para obstar a lavratura do ato de nomeação, fosse deferida para o fim específico de sustar a posse do nomeado, até que o Tribunal apreciasse a segurança impetrada.

Indeferindo a liminar pretendida, profere o seguinte despacho (fls. 32):

"1. É relevante, sem dúvida o fundamento do pedido, mas do ato impugnado não poderia resultar a ineficácia do mandado de segurança, caso fosse deferido. Tal concessão importaria na anulação do próprio ato de nomeação — contra o qual, por já haver sido efetivado, os impetrantes passaram a dirigir a impugnação inicial, nos termos da petição retificadora de fls. — tornando insubsistentes a posse e o exercício do nomeado e restabelecendo a situação de vacância do cargo em questão. Não se impõe, portanto, no caso, a sustação de posse do ilustre magistrado nomeado, como medida destinada a obviar a ineficácia da ulterior decisão da causa, razão pela qual indefiro a liminar requerida.

2. Cite-se o Dr. Jorge Alberto Romeiro, na qualidade de litisconsorte passivo necessário.

3. Solicitem-se as informações de praxe."

O Presidente da República prestou informações elaboradas pelo Ministério da Justiça. Em resumo, dizem elas, preliminarmente, que há falta de interesse e de legitimação para agir, impossibilidade jurídica do pedido e inexistência de direito líquido e certo, tudo à vista de os impetrantes desejarem, em solidariedade, ocupar vaga de advogado, antes preenchida, erradamente, por auditor, mas agora provida, para constitucionalizar-se a composição do Superior Tribunal Militar, pelo advogado Jorge Alberto Romeiro; no mérito, sustentam que a vaga destinada a auditor, do elenco de Ministros civis daquele Tribunal, já está preenchida pelo Ministro Georgenor Acylino de Lima Torres.

Também prestou informações o Presidente do Superior Tribunal Militar, que argüiu, em preliminar, a decadência do pedido, porque, se houvesse ofensa a direito dos impetrantes, ela decorreria da nomeação, a 6.12.76, com inversão do critério de escolha, do Ministro Georgenor Acylino de Lima Torres. No mérito, sustentou que a integração do Superior Tribunal Militar por ministro oriundo da classe dos auditores já estava antecipadamente atendida com a nomeação do referido Ministro Lima Torres, e que se impunha a regularização, para ajustá-la à Constituição, da composição do mesmo Tribunal.

Dando-se por citado, ingressou nos autos, como litisconsorte passivo, o Dr. Jorge Alberto Romeiro. Alegou que os impetrantes buscam proteção para direito eventual, não para direito subjetivo, muito menos direito líquido e certo. Adiantou, contudo, que prefere ver a controvérsia decidida no mérito, a respeito do qual teceu considerações que, em síntese, confluem para a afirmativa de que a presença, no Superior Tribunal Militar, de um ministro que fosse auditor ao tempo da nomeação — caso do Ministro Lima Torres — atende ao que deseja a Constituição.

Em parecer que exarou pessoalmente, o Dr. Procurador-Geral da República pronunciou-se pelo não conhecimento, ou pelo indeferimento do pedido. Pelo não conhecimento, porque visa à proteção de direito

eventual, que é direito inexistente. E pelo indeferimento, quanto ao mérito, porque: 1º) não há inconstitucionalidade no art. 6º da Lei Orgânica da Magistratura Nacional, que nada diz em contrário ao previsto na Constituição, pois a troca da conjunção "e" pela conjunção "ou" não altera o enunciado constitucional de composição do Superior Tribunal Militar; quando assim não fosse, e uma vez que os atos impugnados não se fundaram na troca de conjunções, seria inadmissível, por via de ação de segurança, nos termos da *Súmula* 266, a argüição de inconstitucionalidade em tese; 2º) é inadmissível o pedido de declaração, em mandado de segurança, de que a vaga em questão se destina a ser preenchida por um dos auditores em exercício; ademais, tal pedido não procede, dado que a declaração postulada levaria o Superior Tribunal Militar a constituir-se contrariamente aos parâmetros constitucionais; 3º) é também improcedente o pedido de compelir-se o Presidente do Superior Tribunal Militar a organizar e enviar ao Presidente da República a lista dos auditores, uma vez que regra jurídica alguma prevê tal obrigação; 4º) improcede, por igual, o pedido de que a escolha do Presidente da República recaia em um dos auditores, pois levaria à deformação do quadro de Ministros do Superior Tribunal Militar, contrariamente ao previsto na Constituição.

A requerimento do litisconsorte passivo e por proposta minha, concedeu-lhe o Tribunal, em sessão de 1º de agosto corrente, medida preventiva de suspensão do prazo que lhe estava marcado para tomar posse e entrar em exercício no cargo para o qual foi nomeado.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Xavier de Albuquerque (Relator): Estão as preliminares entrosadas, de tal forma, com o mérito e tão diretamente dependem da fixação de premissas que lhe dizem respeito, que não é possível examiná-las separadamente. Relego seu exame, portanto, para quando, no correr do meu voto, cada qual delas se afigurar pertinente.

Até o advento do Ato Institucional nº 2, de 1965, a composição do Superior Tribunal Militar não fazia objeto de previsão constitucional, remetida como estava ao que dispusesse a lei ordinária. Vigia, então, o Código da Justiça Militar de 1938, cujo art. 8º fixava em onze o número de seus ministros, sendo sete militares e quatro civis. Destes últimos, dois eram escolhidos livremente pelo Presidente da República, dentre brasileiros natos de notória competência jurídica e reputação ilibada, com prática forense de mais de dez anos; os outros dois, também nomeados pelo Presidente da República, eram escolhidos dentre os auditores e o Procurador-Geral da Justiça Militar.

Foi o referido Ato Institucional nº 2 que, tratando do tema pela primeira vez em nível constitucional, elevou de onze para quinze o número de ministros do Tribunal, sendo onze militares e cinco civis. O sistema de provimento dos cargos de ministro civil não se alterou no essencial, mas o quinto desses cargos, criado por esse Ato, foi destinado, juntamente com os dois preexistentes, a provimento por livre escolha do Presidente da República dentre quaisquer cidadãos de notório saber jurídico e reputação ilibada, com prática forense de mais de dez anos. Esse quinto cargo, como se verá, foi precisamente aquele para o qual se nomeou o Ministro Alcides Carneiro, e, mais tarde, em virtude do seu falecimento, o Ministro Georgenor Acylino de Lima Torres. Os dois restantes, dos cinco cargos, continuaram a ser destinados a auditores e Procurador-Geral da Justiça Militar.

A Constituição de 1967, seguida pela Emenda nº 1/69, limitou-se a submeter to-

das as nomeações para o Tribunal à prévia aprovação do Senado Federal, e a estender a todos os membros do Ministério Público Militar, e não apenas ao seu Procurador-Geral, a oportunidade de concorrerem, juntamente com os auditores, a dois dos cargos de ministro civil.

Já é tradicional, portanto, em nosso direito, a divisão em dois grupos dos cargos de ministro civil do Superior Tribunal Militar. Para os três cargos do primeiro grupo, o Presidente da República escolhe livremente, da ampla comunidade de juristas brasileiros de notório saber jurídico e reputação ilibada, com prática forense de mais de dez anos, os candidatos que entender e merecerem a aprovação do Senado Federal. Para os dois cargos do segundo grupo, o poder de escolha presidencial é muito menos livre, pois o Presidente fica adstrito a recrutar seus preferidos na pequena comunidade de auditores da Justiça Militar e membros do respectivo Ministério Público, de comprovado saber jurídico.

Feitas essas colocações, importa fixar a natureza do cargo deixado vago pela aposentadoria do Ministro Waldemar Torres da Costa, cujo provimento, feito mediante livre escolha e nomeação do Dr. Jorge Alberto Romeiro, é impugnado no presente mandado de segurança.

É indubitável que ele integra o segundo dos grupos já referidos, e que seu provimento deve obedecer ao sistema de escolha limitada, e não ao de livre escolha. Para demonstrá-lo, convém retroceder um pouco.

Em 1963, para cargo de Ministro Togado que se vagara com a aposentadoria do Ministro Adalberto Barreto, o Presidente da República nomeou o Auditor Clovis Kruel de Morais. Rebelou-se contra a nomeação, alegando preferência por disposição legal, o Auditor Orlando Moutinho Ribeiro da Costa, que pediu mandado de segurança ao Supremo Tribunal Federal (MS nº 11 960, *DJ* de 2.4.64, p. 148). A segurança foi concedida, mas sem anulação da nomeação do Dr. Clovis Kruel de Morais: segundo o voto vencedor do Relator, ficaria este com direito ao título de Ministro Togado, com todos os direitos, honras e regalias, vencimentos e vantagens dos demais Ministros, até que se desse uma vaga de Ministro Togado, a ser preenchida por Auditor, quando, então, teria também o exercício.

Em cumprimento ao acórdão, o Presidente da República baixou dois decretos, um, nomeando o Auditor Dr. Orlando Moutinho Ribeiro da Costa para o cargo então disputado de ministro civil do Superior Tribunal Militar, e outro, pondo em disponibilidade o Auditor Dr. Clovis Kruel de Morais, com título, regalias, vencimentos e vantagens do cargo de Ministro, até o seu aproveitamento efetivo nesse cargo, por ocorrência de vaga.

Em 1967, tendo ocorrido vaga, correspondente a Auditor, pela aposentadoria do Ministro Washington Vaz de Mello, e havendo o Superior Tribunal Militar terminado por sugerir ao Presidente da República que a preenchesse pela nomeação de um dos componentes da lista de auditores, sem levar em conta a disponibilidade, tida como irregular e desvaliosa, em que se achava o Dr. Clovis Kruel de Morais, reclamou este ao Supremo Tribunal Federal contra a falta de execução da última parte do acórdão proferido no mandado de segurança. Nos autos dessa reclamação, em defesa de seus interesses, ingressou exatamente o então Auditor Waldemar Torres da Costa, que estava a ocupar provisoriamente o cargo na qualidade de convocado.

A reclamação foi julgada improcedente (Reclamação nº 744, *RTJ* 52/679). E só então foi que, liberado da controvérsia judicial o provimento do cargo deixado pelo Ministro Washington Vaz de Mello, o Presidente da República para ele nomeou o Auditor Waldemar Torres da Costa, que já o vinha exercendo por convocação, dizendo

expressamente, no decreto de 18 de junho de 1969 (fls. 46), que tinha em vista a decisão do Supremo Tribunal Federal na prefalada reclamação.

Aliás, o próprio Presidente do Superior Tribunal Militar reconheceu, no ofício com que recentemente comunicou ao Presidente da República a vacância do cargo antes ocupado pelo Ministro Waldemar Torres da Costa, que, a rigor, dever-se-ia escolher o seu substituto entre juízes auditores, nos termos do art. 128, § 1º, letra *b* da Constituição (fls. 45).

Não há dúvida, portanto, sobre dever o cargo em questão ser provido pelo sistema de escolha limitada, previsto no dispositivo constitucional há pouco mencionado. Resta saber se ele cabe, efetivamente, a um dos auditores da Justiça Militar — ponto que se afigurará relevante, quando do exame da legitimidade dos impetrantes — ou se deve caber a um dos membros do Ministério Público Militar. Essas duas categorias, com efeito, são conjuntamente indicadas no preceito constitucional.

Até o advento do Decreto-lei n.º 1 003/69, que baixou a Lei de Organização da Justiça Militar, não havia regra legal sobre a destinação dos dois cargos de ministro civil, de escolha limitada, aos auditores e ao Procurador-Geral da Justiça Militar, antes da Constituição de 1967, ou aos auditores e aos membros do Ministério Público Militar, depois dela. Estabeleceu-a, todavia, esse Decreto-lei, ao dispor no § 3º do seu art. 7º:

"§ 3º Será alternada a nomeação de auditores e membros do Ministério Público, a que se refere a letra *b* do § 2º deste artigo."

Guardo a impressão de que a regra não vem sendo pontualmente observada, sobre ela prevalecendo a orientação de se considerar privativo de cada qual dessas categorias, cada um dos dois cargos de escolha limitada. É certo que, desde quando está em vigor, só agora ocorreu, com a aposentadoria do Ministro Waldemar Torres da Costa, a vacância de cargo ocupado por ex-auditor. Mas o cargo restante, então ocupado pelo Ministro Eraldo Queiros Leite, oriundo do Ministério Público Militar, foi sucessivamente provido com a nomeação do Ministro Nelson Barbosa Sampaio e, após seu falecimento, com a do atual Ministro Ruy de Lima Pessoa, ambos oriundos, por igual, daquela instituição.

Na hipótese, todavia, qualquer dos critérios leva à mesma solução. Prevalecendo o critério da privatividade, cabe o cargo a um dos integrantes da classe dos auditores, pois Auditor também era, ao ser nomeado nessa condição, o Ministro Waldemar Torres da Costa. Prevalecendo, ao invés, o critério da alternatividade, cabe o cargo, do mesmo modo, a um dos auditores, pois a mais recente nomeação, ocorrida a 27.4.77, recaiu em membro do Ministério Público, o atual Ministro Ruy de Lima Pessoa.

Essa conclusão não é comprometida pelo fato de haver a Lei Orgânica da Magistratura Nacional, ao tratar da composição do Superior Tribunal Militar e referir os dois cargos de Ministro Civil de escolha limitada, utilizado a conjunção "ou", e não a conjunção "e", esta, empregada pela Constituição. Tal troca de conjunções, já glosada nestes autos, em nada altera, como observa o Dr. Procurador-Geral, o enunciado da Carta Magna, ao qual, de resto, haverá de afeiçoar-se a interpretação da lei complementar.

Tenho como certo, portanto, para recapitular e resumir, que o cargo deixado vago pela aposentadoria do Ministro Waldemar Torres da Costa destina-se a provimento por nomeação de um dos auditores da Justiça Militar.

Sustentam as informações, todavia, que se impõe a transmudação desse cargo, que é de escolha limitada, em cargo de livre escolha, como instrumento de regularização, para ajustá-la à Constituição, da atual

composição do Superior Tribunal Militar. O argumento diz com a investidura do Ministro Georgenor Acylino de Lima Torres e deve, agora, ser examinado.

Às vésperas da edição do Ato Institucional nº 2, os quatro cargos de Ministro Civil do Superior Tribunal Militar eram ocupados pelos Ministros Octávio Murgel de Rezende, João Romeiro Neto, Orlando Moutinho Ribeiro da Costa e Waldemar Torres da Costa, este último na qualidade de auditor convocado. É o que se vê da Ata de sua 81.ª Sessão, publicada no *Diário da Justiça* de 7 de outubro de 1965, do antigo Estado da Guanabara.

Depois de vigente o Ato Institucional nº 2 — que, como já visto, elevou de quatro para cinco o número de Ministros civis, e destinou o quinto cargo, por ele criado, ao grupo dos que se deviam prover mediante livre escolha — integravam o Superior Tribunal Militar, como Ministros civis, os quatro já referidos e mais o Ministro Alcides Carneiro, como também se vê da Ata de sua 6.ª Sessão, publicada no mesmo órgão oficial, edição de 17 de março de 1966.

O Ministro Alcides Carneiro, portanto, foi ocupar no Tribunal aquele quinto cargo que o Ato Institucional nº 2 viera de criar, afetando-o ao regime de provimento por livre escolha. Foi o que explicitou, aliás, o decreto de sua nomeação, publicado no *Diário Oficial* de 3.2.66, ao fundamentar-se no art. 7º, parágrafo único, inciso I do referido Ato.

Para esse mesmo cargo foi que, com o falecimento do Ministro Alcides Carneiro, veio a ser nomeado, por decreto de 6 de dezembro de 1976, o Ministro Lima Torres (fls. 49).

Não deve surpreender o fato de o Presidente da República, no exercício do seu poder de livre escolha dentre quaisquer juristas brasileiros de notório saber jurídico e reputação ilibada, haver feito recair sua preferência em quem exercia, na ocasião, o cargo de Corregedor da Justiça Militar, e integrava, dessarte, o seu quadro de auditores. E não deve surpreender, porque outras nomeações já se haviam feito, anteriormente, para cargos de livre escolha, de pessoas que também reuniam condições para o provimento de cargos de escolha limitada.

Dois exemplos, com efeito, são recentes e podem ser invocados. A 22.5.70, para cargo de livre escolha que se vagara com a aposentadoria do Ministro Ernani Sátiro, foi nomeado, de acordo com o art. 128, § 1º, letra *a* da Constituição, o Ministro Amarílio Lopes Salgado (fls. 22), que era, ao tempo, membro do Ministério Público Militar, exercendo o cargo de Subprocurador-Geral. E a 12 de maio de 1971 também para cargo de livre escolha, deixado vago pelo falecimento do Ministro João Mendes, foi nomeado, de acordo com o mesmo dispositivo constitucional, o Ministro Jacy Guimarães Pinheiro (fls. 23), que também era, na ocasião, membro do Ministério Público Militar, exercendo o cargo de Procurador-Geral.

Não está em causa, neste mandado de segurança, a legitimidade de tais nomeações. Há de ter entendido o Presidente da República que, podendo escolher livremente qualquer jurista brasileiro, não estava impedido de preferir aquele que, coincidentemente, também fosse auditor, ou membro do Ministério Público Militar. Nem tinham por que reclamar contra elas os demais auditores e membros do *parquet* castrense, não só porque não lhes causava nenhum gravame, como porque eram lisonjeiras para as referidas categorias e para cada um de seus integrantes.

É de livre escolha, portanto, desde a sua criação pelo Ato Institucional nº 2, o cargo ocupado inicialmente pelo Ministro Alcides Carneiro, e, após seu falecimento, pelo Ministro Lima Torres. Podia transformá-lo em cargo de escolha limitada o fato de o decreto de nomeação do Ministro Lima Torres se haver baseado na letra *b*, e não

na letra *a*, do § 1º, do art. 128 da Constituição?

Parece-me evidente que não podia, antes de tudo porque o impedia a própria Constituição. Se esta prescreve que, dos cinco cargos de Ministros civis do Superior Tribunal Militar, três são de livre escolha, e dois de escolha limitada, é claro que não pode o decreto inverter os termos da disposição constitucional.

O decreto de nomeação do Ministro Lima Torres deixou expresso que S. Ex.ª iria exercer o cargo na vaga decorrente do falecimento do Ministro Alcides Carneiro. Era essa, ao tempo, e somente essa, a vaga existente no quadro de Ministros civis do Tribunal, pois estavam providos os dois restantes cargos de livre escolha, assim como os dois cargos destinados a auditores e membros do Ministério Público Militar. O decreto não podia nomear senão para cargo que estivesse vago, nem podia transformar em cargo de escolha limitada, o único cargo vago, que era, indubitavelmente, de livre escolha. As informações não deram nenhuma explicação para o fato de o decreto se haver baseado na letra *b*, e não na letra *a*, do parágrafo único, do art. 128 da Constituição. Não se pode deixar de concluir, diante de tais elementos, que a inversão de alíneas, feita no preâmbulo do decreto, não passou, como sustentam os impetrantes, de inexatidão material destituída de relevância.

Reafirmo, portanto, meu convencimento no sentido de que o cargo deixado vago pela aposentadoria do Ministro Waldemar Torres da Costa destina-se a provimento por nomeação de um dos auditores da Justiça Militar. E tenho como rejeitadas as preliminares, salvo a de ilegitimidade dos impetrantes, por buscarem proteção para direito eventual, e não para direito subjetivo líquido e certo. Dessa última argüição, tratarei agora.

Se os impetrantes são auditores da Justiça Militar da União — fato incontroverso e corroborado pela lista de antigüidade publicada no *Diário da Justiça* de 8 de março de 1976, trazido aos autos com as informações do Presidente do Superior Tribunal Militar (fls. 50) — e se o cargo de Ministro civil do mesmo Tribunal, deixado vago pela aposentadoria do Ministro Waldemar Torres da Costa, destina-se a provimento por nomeação de um dos auditores da Justiça Militar, não vejo como se possa negar aos impetrantes legitimidade para impugnarem, na via do mandado de segurança, a nomeação, por livre escolha, de jurista, posto que notável, recrutado fora dos quadros da categoria a que pertencem.

Civilmente entendida, a proteção que postulam os impetrantes não é para o direito à nomeação, este, sim, eventual, porque dependente da escolha do Presidente da República, ainda que limitada à pequena comunidade de auditores. O que eles querem ver protegido é o seu direito de concorrerem à escolha presidencial. E tal direito, parece-me inegável, têm-no todos e cada um dos impetrantes, como o têm os demais auditores que não se associaram à impetração.

O tema tem sido versado no Supremo Tribunal Federal. Dele cuidou, ainda recentemente, a Primeira Turma, ao julgar a 21.11.78 o RE nº 89 472, ao qual deu provimento para mandar processar e julgar o mandado de segurança, que havia sido trancado a pretexto de ilegitimidade *ad causam* dos impetrantes.

A ementa do acórdão ficou assim redigida (*DJ*, 28.12.78):

"Desembargador. Provimento de vaga a ser preenchida por classista. Mandado de segurança, impetrado por 37 membros do Ministério Público, contra a nomeação de um advogado, alegando que a lista tríplice devia ter sido integrada por membros do Ministério Público. Interesse legítimo dos

impetrantes. O direito que eles postulam não é o de entrar na lista, mas o de concorrer a ela. Decisão que acolheu preliminar de ilegitimidade *ad causam*. Recurso extraordinário conhecido e provido."

Do voto do Relator, o eminente Ministro Soares Muñoz, destaco o trecho pertinente:

"Consoante Hely Lopes Meirelles, 'o impetrante, para ter legitimidade ativa, há de ser titular do direito individual, líquido e certo, para o qual pede proteção pelo mandado de segurança' (*Mandado de Segurança e Ação Popular*, 5. ed. p. 27).

Os impetrantes, alegando serem membros do Ministério Público, com mais de dez anos de exercício, e que a vaga de Desembargador provida por advogado, através do ato impugnado, cabia ao Ministério Público, queixam-se de preterição ao direito de concorrer à lista tríplice, substituída que foi ela, ilegalmente, por outra integrada por advogados.

Assim expressa a pretensão, considero apropriado o mandado de segurança para exercitá-la em juízo, mesmo nos lindes da conceituação de legitimidade ativa propugnada por Hely Lopes Meirelles.

Ademais, dispondo o art. 1º, § 2º, da Lei nº 1 533, de 31 de dezembro de 1951, que, 'quando o direito ameaçado ou violado couber a várias pessoas, qualquer delas poderá requerer o mandado de segurança', razão assiste a Celso Agrícola Barbi, no sentido de que:

'A única interpretação capaz de dar sentido àquele parágrafo, sem deformá-lo, sem mutilá-lo, sem torná-lo inútil, é considerar que a expressão 'direito' empregada nele, não tem o sentido de 'direito subjetivo' e sim de interesse legítimo, no sentido que lhe empresta a doutrina italiana...' (*Do Mandado de Segurança*. 2. ed. p. 60)

Sob esse prisma, vale dizer, do interesse que os recorrentes têm, na condição de membros do Ministério Público, de que a lista seja constituída de agentes dessa instituição, o acórdão recorrido dissentiu do aresto do Supremo Tribunal Federal, que reconheceu a um Juiz de Direito legitimidade ativa para, através de mandado de segurança, impugnar lista tríplice integrada por um magistrado sem o requisito constitucional do interstício.

Nesse paradigma, o Supremo Tribunal Federal não reconheceu no Juiz de Direito, impetrante, merecimento para integrar a lista tríplice; igualmente, não reconheço, nem nego, aos ora impetrantes os requisitos de notório merecimento e idoneidade moral, que não se acham em discussão no *mandamus*. Entendo que eles têm legítimo interesse em que a questão seja dirimida, pois, se vitoriosos, seus nomes poderão ser cogitados, pelo Tribunal de Justiça, para integrar a lista tríplice. Esse direito, como observou na decisão em cotejo o eminente Ministro Vilas Boas, não é o de entrar na lista, mas o de concorrer."

Concorri com meu voto para que se formasse a unanimidade dos integrantes da Turma. E mantenho-me convicto do acerto com que ela decidiu.

Já havia escrito este voto quando, há dois dias, recebi do ilustre Professor Hélio Tornaghi, advogado do litisconsorte passivo, cópia do acórdão que resultou do julgamento, realizado a 30.4.58, do MS nº 4 798, impetrado por alguns auditores da Justiça Militar contra o ato de nomeação do Desembargador Telemaco Autran Dourado para o cargo de Ministro civil do Superior Tribunal Militar. Nesse precedente, o Tribunal indeferiu o pedido porque, segundo o voto do Relator, o Sr. Ministro Afrânio Costa, não se demonstrara caber a qualquer dos impetrantes singularmente, pessoalmente, individualmente, direito líquido, certo e incontestável que houvesse sofrido preterição com a nomeação impugnada. E isso porque, ainda quando se admitisse que o cargo vago devia ser provido por escolha dentre os auditores e o Procurador-Geral, não era possível sobrepor os impetrantes, que eram apenas quatro audi-

tores, aos seus demais colegas que estavam em igualdade de condições e nada haviam reclamado.

Tenho como menos feliz essa decisão, da qual, realmente, não me havia dado conta. Não atinou ela com a distinção, que se impõe em casos como este, entre o direito à nomeação e o direito de concorrer à escolha para o efeito de nomeação. Quando a escolha tem de recair em um dos integrantes de certa categoria funcional, a nenhum deles pode ser negado o direito de concorrer a ela.

De todo modo, o certo é que o Tribunal, em julgados mais recentes — RE nº 89 472, de 21.11.78, e RMS nº 7 516, de 12.10.60, referido no primeiro pelo eminente Ministro Soares Muñoz — decidiu em termos que desautorizam a prevalência do precedente invocado pelo nobre litisconsorte passivo.

Quero registrar que lastimo ser forçado a reconhecer, depois de haver examinado escrupulosamente os aspectos de fato e de direito que envolvem a controvérsia contida nestes autos, a ilegitimidade, à luz da Constituição e da lei, da nomeação do Dr. Jorge Alberto Romeiro. Esse jurista ilustre haveria certamente de levar excelente contribuição aos trabalhos do Superior Tribunal Militar. Faço votos para que, em outra oportunidade na qual o Presidente da República detenha, realmente, o poder de livre escolha, o nome de S. Ex.ª possa contar novamente com a preferência presidencial.

Isto posto, concedo a segurança para anular o decreto de nomeação do Dr. Jorge Alberto Romeiro para o cargo de Ministro civil do Superior Tribunal Militar, e para que a nomeação para o mesmo cargo recaia naquele, dentre os auditores da Justiça Militar, que o Presidente da República entenda possuir comprovado saber jurídico e merecer sua escolha.

EXTRATO DA ATA

MS nº 20 209-2 — DF — Rel., Min. Xavier de Albuquerque. Reqtes., Antonio Carlos de Seixas Telles e outros (Advs. Antonio Telles Neto, Ivone da Silva Santos e João Batista de Souza). Reqdos.: Presidente da República e Ministro-Presidente do Superior Tribunal Militar. Litisconsorte Passivo Necessário: Dr. Jorge Alberto Romeiro (Adv.: Helio Tornaghi).

Decisão: Pediu vista o Ministro Rafael Mayer, após o voto do Ministro Relator concedendo a segurança. Falaram pelos Reqtes. o Dr. João B. de Souza, pelo Litisconsorte Passivo Necessário o Dr. Helio Tornaghi, e pelos Reqdos. o Dr. Firmino Ferreira Paz, Procurador-Geral da República. Impedidos os Srs. Ministros Antonio Neder e Cordeiro Guerra. Presidiu ao julgamento o Sr. Ministro Xavier de Albuquerque. T. Pleno, 29.8.79.

Presidência do Sr. Ministro Xavier de Albuquerque. Presentes à sessão os Srs. Ministros Djaci Falcão, Thompson Flores, Leitão de Abreu, Moreira Alves, Cunha Peixoto, Soares Muñoz, Decio Miranda e Rafael Mayer.

Impedidos os Srs. Ministros Antonio Neder (Presidente) e Cordeiro Guerra.

Procurador-Geral da República — Dr. Firmino Ferreira Paz.

VOTO (VISTA)

O Sr. Ministro Rafael Mayer: Com a penetrante análise e o fino lavor estilístico com que elabora os seus votos, o eminente Ministro Xavier de Albuquerque concedeu segurança a vários auditores da Justiça Militar para anular o decreto de nomeação do Doutor Jorge Alberto Romeiro para o cargo de Ministro civil do Superior Tribunal Militar, deixado vago pela aposentadoria do Ministro Waldemar Torres da Costa, e para que a nomeação para o mesmo cargo

recaia naquele, dentre os auditores da Justiça Militar, que o Presidente da República entenda possuir comprovado saber jurídico e merecer sua escolha.

O ilustrado voto realiza indagação, exaustiva e minuciosa, para a demonstração de que, entre os dois grupos de cargos destinados a Ministros civis, o primeiro, de livre escolha do Presidente da República, destinado a três juristas de notório saber jurídico e idoneidade moral, com prática forense de mais de dez anos, e o segundo, de escolha limitada, destinado a auditores ou membros do Ministério Público — o cargo sobre cujo preenchimento se contendo integra o segundo dos grupos referidos. Sobre ser o cargo deixado vago pela aposentadoria do Ministro Waldemar Torres da Costa integrante do segundo grupo, de escolha limitada, ele se destinaria especificamente a provimento por nomeação de um dos auditores da Justiça Militar, tendo em vista a linha de sucessivos provimentos do cargo desde o Ato Institucional nº 2. E diante da explicação da autoridade administrativa do que se impunha "a transmudação desse cargo, que é de escolha limitada, como instrumento de regularização, para ajustá-la à Constituição, da atual composição do Superior Tribunal Militar", o preclaro voto se detém nas condições de investidura do Ministro Lima Torres, que integra o Tribunal, e a quem se debita a situação declinada pela Administração, posto que Auditor ao tempo de sua escolha.

E refuta o argumento ou a pretensão visto que a nomeação desse Auditor para o cargo do Ministro se fizera na categoria de livre escolha, posto que em substituição ao saudoso Ministro Alcides Carneiro. E ainda, que não deveria surpreender "o fato de o Presidente da República, no exercício de seu poder de livre escolha dentre quaisquer juristas brasileiros de notório saber jurídico e reputação ilibada, haver feito recair sua preferência em quem exercia, na ocasião, o cargo de Corregedor da Justiça Militar, e integrava, dessarte, o seu quadro de auditores". E o decreto de nomeação de Lima Torres não podia nomear senão para cargo que estivesse vago, que era, indubitavelmente, de livre escolha, não sendo a invocação da alínea *b*, no preâmbulo do decreto, senão irrelevante inexatidão material.

No que tange à legitimidade dos impetrantes, o ilustrado voto invoca respeitável precedente, em que o Relator, o eminente Ministro Soares Muñoz (RE nº 89 472, julgado em 21.11.78), para considerá-los dela revestidos, não como direito à nomeação mas como direito a concorrer a ela.

Relembrada, assim, o que me parece a substância do magistral voto, quero dizer, *data venia*, ainda que seduzido pelo brilho e pela elegância dos argumentos, ter-me convencido, no entanto, da validade de outra premissa, de um outro enfoque sobre o resguardo do preceito constitucional, em causa.

Ao decidir proceder, na oportunidade, a escolha de um Ministro civil para o Superior Tribunal Militar, nos termos da letra *a* do § 1º, do art. 128, o Senhor Presidente da República deu acolhida à proposição unânime do Egrégio Superior Tribunal Militar, a ele encaminhada pelo Ofício nº 092, de 9.4.1979, tendo em vista a comunicação da vaga e o seu provimento, ora em causa, *verbis*:

"Ao ser nomeado o Ministro Geogenor Acylino de Lima Torres, o critério a ser observado, segundo os termos do ofício então enviado a essa Presidência, era o da livre escolha (art. 128, § 1º, letra *a*, da Constituição federal). Entretanto, o decreto de 6 de dezembro de 1976, pelo qual foi nomeado, baseou a escolha na letra *b* do referido dispositivo constitucional.

Em conseqüência, o Tribunal passou a ser integrado por três Ministros escolhidos com fundamento no art. 128, § 1º, letra *b* e dois com fundamento no art. 128, §

1º, letra *a* da Constituição federal, em desacordo, por conseguinte, com as normas ali estabelecidas.

A composição do Tribunal ficou, então, sendo a seguinte:

— Ministro Waldemar Torres da Costa (ex-Auditor da Justiça Militar, nomeado de acordo com o art. 128, § 1º, letra *b*, da Constituição);

— Ministro Jacy Guimarães Pinheiro (nomeado de acordo com o art. 128, § 1º, letra *a*, da Constituição);

— Ministro Ruy de Lima Pessoa (ex-Procurador-Geral da Justiça Militar, nomeado de acordo com o art. 128, § 1º, letra *b*, da Constituição);

— Ministro Georgenor Acylino de Lima Torres (nomeado de acordo com o art. 128, § 1º, letra *b*, da Constituição); e

— Ministro Gualter Godinho (nomeado de acordo com o art. 128, § 1º, letra *a*, da Constituição).

Com o afastamento, agora, do Ministro Waldemar Torres da Costa, que é oriundo da magistratura, a rigor dever-se-ia escolher o seu substituto entre juízes auditores (art. 128, § 1º, letra *b*, da Constituição federal).

No entanto, a vaga ora aberta possibilita a recomposição do Tribunal nos termos constitucionais, uma vez que a nomeação do novo Ministro seja feita pelo critério de livre escolha (art. 128, § 1º, letra *a*).

Assim sendo encareço as providências de Vossa Excelência para a nomeação do novo Ministro desta Corte e opino que a escolha seja feita com fulcro no art. 128, § 1º, letra *a* da Constituição."

Com efeito, a composição do colegiado, nos termos em que estruturada na Lei Maior, tem uma razão e um propósito que precisam ser atendidos. Busca-se, com o verdadeiro mosaico de componentes que consubstancia, caracteristicamente, esse colégio, e pela diversidade de origens e formação dos seus integrantes, militares ou civis, a composição de tendências, mentalidade e experiência culturais ou profissionais. Conjugam-se, assim, fatores e contribuições diversificadas a que desde logo se atribui certo peso ou comedida influência no sentido de um resultado que seja uma síntese representativa. Esta é a razão de ser de um colegiado de tais características, e ao constituí-lo a Lei Magna não está dispondo inocuamente, ela tem necessariamente propósitos a serem observados na letra e no espírito.

Não é dado então descumprir as proporções estabelecidas na Constituição, quanto à origem profissional de Ministros militares ou civis, do Superior Tribunal Militar.

Na verdade, não são intercambiáveis nem conversíveis, a meu ver, as hipóteses das alíneas *a* e *b* do § 1º do art. 128 da Constituição federal, pois se o fossem não haveria razão distingui-las.

É certo que o Auditor ou Membro do Ministério Público da Justiça Militar pode ter, no plano factual, a qualificação descrita na alínea *a*. Seria um *plus* em relação aos requisitos da letra *b* que implicitamente estaria a satisfazer. Fazê-la prevalecer, porém, chocar-se-ia com a *ratio legis*, pois seria dar-lhes ainda aquela via, quando esta já lhe é dada, criando-se categoria do duplo privilégio e de privilégio maior. Fosse possível, poder-se-ia ter, em resultância, a composição civil do Superior Tribunal Militar totalmente integrada por membros do Ministério Público e Auditores, composição que não é aquela querida pelo texto maior, não permitidos, portanto, os meios que a tanto levem.

O que é correto, de acordo com o texto e conforme à intenção, é que cada categoria de acesso compareça com a sua especificidade, e quando uma deva prevalecer, a outra se exclua, como lógica decorrência da distinção sistemática.

Este é o pensamento do constitucionalista Gonçalves Ferreira Filho, com esses comentários ao preceito:

"O Presidente da República pode indicar, para o preenchimento de três vagas no Superior Tribunal Militar, e conseqüentemente nomear, aprovada a indicação pelo Senado Federal, qualquer bacharel em direito, com prática forense de dez anos pelo menos (preenchidos, é claro, os requisitos mencionados sob o *caput* deste artigo).

A intenção do constituinte foi, sem dúvida, a de obter, para o Superior Tribunal Militar, a contribuição de juristas, particularmente de advogados, alheios aos quadros desse ramo da Justiça Federal. Por isso, não se poderia aceitar que o Presidente da República indicasse para o Tribunal bacharel em direito que pertença a esses quadros. É essa a única restrição oposta à escolha presidencial, embora implicitamente" (in *Comentários,* 2. ed. II/237-239).

A mesma doutrina é a que vem defendida pelo eminente Gonçalves de Oliveira, quando Consultor-Geral da República, no Parecer Z-277, no sentido de que o critério legal atendível é o de sempre assegurar a proporcionalidade.

Partindo, portanto, de tais premissas, isto é, da inconvertibilidade das qualificações das duas categorias civis, e da cogência da proporcionalidade na composição do colegiado, é certa a interpretação dada pelo Superior Tribunal Militar ao anterior ato de nomeação do Ministro Lima Torres e suas implicações no contexto e conseqüentemente legítima a preconizada medida de reajuste.

Sem dúvida, o Ministro Lima Torres, ao tempo em que escolhido, era Auditor, aliás no ápice de sua carreira. Por essa qualificação, e não por outra, é que lhe foi dado acesso ao Tribunal, por assim resultar declarado no ato da nomeação, como translúcida manifestação de vontade, e pela inequívoca correspondência entre a determinante legal invocada e a qualidade do nomeado.

Em virtude dessa nomeação, a composição do Tribunal, na parte civil, se tornou desproporcionada, ao arrepio da norma constitucional, como demonstrado pelo Superior Tribunal Militar. E se fosse nomeado, desta vez, um Auditor, persistiria a desproporção.

Ora, a linha histórica de precedentes do provimento do cargo só se entende vinculativa para o futuro quando ela se comporta dentro da observância das pautas constitucionais.

Estas devem ter supremacia assegurada a todo o momento em que se mostre necessário e oportuno.

Ora, o ato administrativo que tenha por intento repor a proporcionalidade nas composições colegiadas previstas no texto maior, acaso descurada ou inadvertida, é legítimo e por isso não lesa direito de ninguém. Com efeito, não pode haver direito a uma investidura que importe em manutenção de uma estrutura orgânica desconforme com a letra e o espírito da Constituição.

Isso posto, conseqüente com o entendimento exposto, considero que os impetrantes carecem de legitimidade para a impetração. Dentro da perspectiva do meu argumento, o precedente invocado no ilustrado voto não se lhes aplicaria senão em caso de concurso da categoria, que não houve. Para que haja direito reconhecível e exercitável deve de estar incorporado ao patrimônio jurídico o independer de qualquer fato ou circunstância ulterior para originar-se. O direito que se veicula pelo mandado de segurança deve ser certo e atual. Preliminarmente, dou pela ilegitimidade dos impetrantes. Mesmo no mérito, considerando que não se configurou ilegalidade nem lesão a direito líquido e certo, denego a segurança.

EXTRATO DA ATA

MS nº 20 209-2 — DF — Rel., Min. Xavier de Albuquerque. Reqtes.: Antonio

Carlos de Seixas Telles e outros (Advs. Antônio Telles Neto, Ivone da Silva Santos e João Batista de Souza). Reqdos.: Presidente da República e Ministro-Presidente do Superior Tribunal Militar. Litisconsorte Passivo Necessário.: Dr. Jorge Alberto Romeiro (Adv. Helio Tornaghi).

Decisão: Pediu vista o Ministro Rafael Mayer, após o voto do Ministro Relator concedendo a segurança. Falaram pelos Reqtes. o Dr. João B. de Souza, pelo Litisconsorte Passivo Necessário o Dr. Helio Tornaghi, e pelos Reqdos. o Dr. Firmino Ferreira Paz, Procurador-Geral da República. Impedidos os Srs. Ministros Antonio Neder e Cordeiro Guerra. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Xavier de Albuquerque. T. Pleno, 29.2.79.

Decisão: Pediu vista o Ministro Decio Miranda, após o voto do Ministro Relator concedendo a segurança; e do voto do Ministro Rafael Mayer, denegando-a. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Antonio Neder, Presidência do Sr. Ministro Xavier de Albuquerque. T. Pleno, 12.9.79.

Presidência do Sr. Ministro Xavier de Albuquerque, na ausência ocasional do Senhor Ministro Antonio Neder. Presentes à sessão os Senhores Ministros Djaci Falcão, Thompson Flores, Leitão de Abreu, Cordeiro Guerra, Cunha Peixoto, Soares Muñoz, Decio Miranda e Rafael Mayer.

Procurador-Geral da República, Dr. Firmino Ferreira Paz.

VOTO

O Sr. Ministro Decio Miranda: Sr. Presidente, tendo pedido vista dos autos após o voto do Sr. Ministro Rafael Mayer, verifico que, em última essência, a discordância entre os votos dos eminentes Ministros Xavier de Albuquerque e Rafael Mayer se localiza no comunicar ou no isolar as categorias definidas nas letras *a* e *b* do parágrafo 1º do art. 128 da Constituição.

Para o Sr. Ministro Xavier de Albuquerque, pode o Presidente da República entre os auditores da Justiça Militar e os membros do Ministério Público da mesma Justiça recrutar Ministro do Superior Tribunal Militar qualificado por "notório saber jurídico e idoneidade moral, com prática forense de mais de dez anos", critério destinado às escolhas entre os juristas não integrantes da Justiça Militar ou do Ministério Público Militar.

Para o Sr. Ministro Rafael Mayer, ao contrário, os referidos auditores da Justiça Militar e membros do Ministério Público Militar somente concorrem às vagas especificamente destinadas a essa categoria.

Disse, a propósito, o Sr. Ministro Xavier de Albuquerque, em seu voto, ilustrado pela indicação de precedentes:

"Não deve surpreender o fato de o Presidente da República, no exercício do seu poder de livre escolha dentre quaisquer juristas brasileiros de notório saber jurídico e reputação ilibada, haver feito recair sua preferência em quem exercia, na ocasião, o cargo de Corregedor da Justiça Militar, e integrava, dessarte, o seu quadro de auditores."

Ao contrário, considerou o Sr. Ministro Rafael Mayer:

"Na verdade, não são intercambiáveis nem conversíveis, a meu ver, as hipóteses das alíneas *a* e *b* do § 1º do art. 128 da Constituição federal, pois se o fossem não haveria razão para distingui-las."

Propende meu voto para a segunda solução.

Em primeiro lugar, vejo que a estanqueidade das categorias é sistema constante na previsão constitucional a respeito de outros colegiados judiciários, embora, quanto a estes, clarificada pelo uso da palavra "advogados" numa das categorias, assim no Tribunal Superior Eleitoral (art. 131, II), no Tribunal Federal de Recursos (art. 121), no Tribunal Superior do Trabalho (art.

141, § 1º, *a*), nos Tribunais estaduais de segundo grau (art. 144, IV).

Em segundo lugar, considero que a finalidade da norma constitucional, procurando diversificar pelas origens a composição do Superior Tribunal Militar, ficaria comprometida se às categorias específicas, que lhe fornecem elementos por sua qualificação própria, ainda se reservasse a possibilidade de concorrer pela qualificação comum e genérica.

Ouso, todavia, dissentir do Sr. Ministro Rafael Mayer somente no ponto em que seu douto voto recusa legitimidade aos impetrantes para o pedido, sob o argumento de que somente seria reconhecível seu interesse se disputassem em sua própria categoria o concurso à vaga.

Reconheço-lhes legítimo interesse à busca de compreensão mais ampla para seu reclamado direito, que, desatendida, reverte em improcedência do pedido, e não na recusa de qualidade para sustentá-lo.

Isto posto, denego o mandado.

ESCLARECIMENTO

O Sr. Ministro Xavier de Albuquerque (Presidente e Relator): Antes de prosseguir na votação, diante do voto que acaba de proferir o eminente Ministro Decio Miranda, permito-me dar breve esclarecimento, e o faço na condição de Relator que, eventualmente, preside o julgamento.

Parece-me que a discrepância entre meu voto e o do eminente Ministro Rafael Mayer não se resolve, precisamente, nos termos em que o eminente Ministro Decio Miranda a colocou.

Na verdade, não asseverei a possibilidade de o Presidente da República, para cargos que são de livre escolha, arregimentar auditores ou membros do Ministério Público.

Disse que isso não devia surpreender, porque a tradição oferecia alguns exemplos. E citei dois, muito recentes, de Ministros do Superior Tribunal Militar recrutados no Ministério Público Militar, um dos quais ainda lá está, em plena atividade.

Disse mais — e neste ponto é que justifico melhormente esta minha nova intervenção — que não está em causa, neste mandado de segurança, a legitimidade dessas nomeações: nem aquelas dos dois exemplos que referi, nem a do Sr. Ministro Lima Torres, feita em 1976, salvo engano de memória. O que está em causa é a nomeação para a vaga deixada pelo Sr. Ministro Waldemar Torres da Costa, vaga que, indiscutivelmente, é de Auditor, e para a qual o Presidente da República nomeou jurista estranho aos quadros da Justiça Militar.

Disse eu, no meu voto e no trecho que o eminente Ministro Decio Miranda vem de lembrar, que não devia surpreender o fato de o Presidente da República, fazendo livre escolha, estender o âmbito dessa escolha aos quadros dos Auditores e Procuradores Militares. Citei os dois referidos exemplos, das nomeações dos Ministros Amarílio Lopes Salgado e Jacy Guimarães Pinheiro, este ainda em exercício, que eram, ambos, membros do Ministério Público Militar, e foram, ambos, nomeados para cargos de livre escolha, não para cargos vinculados à sua carreira.

Depois, salientei que não está em causa, neste mandado de segurança, a legitimidade de tais nomeações.

Por isto é que me permito discordar de que nossa divergência, minha e do eminente Ministro Rafael Mayer, radique no exame da regularidade de qualquer nomeação anterior.

Considerei o problema, apenas a título de ilustração. Insisto em que não está em causa, neste mandado de segurança, a questão de se o Presidente da República podia, ou não podia, em 1976, nomear o Sr. Ministro Lima Torres. O que está em causa é a questão de se o Presidente da

República atual pode, ou não pode, nomear, para a vaga do Sr. Ministro Waldemar Torres da Costa, quem não seja auditor.

Parece-me que esta é a questão, única a ser resolvida.

Disse eu, então, no meu voto:

"Não está em causa, neste mandado de segurança, a legitimidade de tais nomeações. Há de ter entendido o Presidente da República que, podendo escolher livremente qualquer jurista brasileiro, não estava impedido de preferir aquele que, coincidentemente, também fosse auditor, ou membro do Ministério Público Militar. Nem tinham por que reclamar contra elas os demais auditores membros do *parquet* castrense, não só porque não lhes causava nenhum gravame, como porque eram lisonjeiras para as referidas categorias e para cada um de seus integrantes."

A isso me limitei no concernente ao problema de interpretação da norma constitucional, que constituiu o cerne da fundamentação do voto do eminente Ministro Rafael Mayer, mas que, com toda a vênia, parece-me deslocado neste mandado de segurança.

Não estou, aqui e agora, examinando se foi boa ou má, se foi correta ou incorreta, se foi legítima ou ilegítima a nomeação do Sr. Ministro Lima Torres em 1976. Ela não está em causa. Ninguém a impugnou. O que está sendo impugnado é o ato de nomeação, para a vaga deixada pelo Sr. Ministro Waldemar Torres da Costa, que era auditor, vaga que pertence, sem dúvida possível, à carreira dos auditores, de alguém que não é auditor.

Com este esclarecimento, vou prosseguir na votação.

O Sr. Ministro Thompson Flores: Sr. Presidente, pediria ao eminente Relator que me esclarecesse qual a atual composição do Egrégio Superior Tribunal Militar, no pertinente aos juízes togados, condição para mim relevante.

O Sr. Ministro Xavier de Albuquerque (Presidente e Relator): Pela Constituição, três cargos são de juristas escolhidos livremente pelo Presidente da República, e dois são de auditores ou membros do Ministério Público.

Atualmente, dos três juristas escolhidos livremente, um é o Ministro Jacy Guimarães Pinheiro, que foi, precisamente, um dos meus exemplos, porque recrutado no Ministério Público Militar para cargo de livre escolha. Não censuro o recrutamento, nem examino se foi legítimo ou não, porque acho que isso não está em causa. Outro é o Ministro Gualter Godinho, também nomeado para cargo de livre escolha. E o terceiro é o Ministro Lima Torres, que era auditor, mas que foi nomeado para vaga, única existente na ocasião, também de livre escolha.

Sucedeu que o decreto de nomeação do Ministro Lima Torres fez remissão invertida ao preceito constitucional: em vez de indicar a letra *a*, indicou a letra *b*, do § 1º, do art. 128 da Constituição. Entendo essa inversão como simples incorreção material, sem nenhuma conseqüência, porque o Presidente da República não poderia transformar a índole do único cargo vago na ocasião, em contrariedade ao que dispõe a Constituição.

Como membro do Ministério Público Militar, está no Tribunal o Ministro Ruy de Lima Pessoa, nomeado adequadamente para vaga que correspondia à carreira. E a vaga de auditor é a que ficou aberta com a aposentadoria recente do Ministro Waldemar Torres da Costa.

O Sr. Ministro Thompson Flores: Os cinco juízes togados, em sua totalidade, provinham da classe dos auditores e do Ministério Público?

O Sr. Ministro Xavier de Albuquerque: Não. Nas vagas de livre escolha, que são três, só quem foi recrutado, dos que lá estão, fora dos quadros da Justiça Militar — ou jurisdicional, ou do Ministério Pú-

blico —, foi o Ministro Gualter Godinho, que, ainda assim, era da Justiça Militar paulista. O Ministro Lima Torres foi recrutado dentre os auditores federais, e o Ministro Jacy Guimarães Pinheiro foi recrutado dentre os Procuradores Militares, embora, ambos, para cargos de livre escolha. E dos dois cargos que não são de livre escolha, mas de escolha limitada, um está provido pelo Ministro Ruy de Lima Pessoa, que era membro do Ministério Público, e outro é o que está vago e cujo provimento se está disputando.

O Sr. Ministro Thompson Flores: Agradeço os esclarecimentos prestados por V. Ex.ª, e que me satisfazem.

O Sr. Ministro Decio Miranda: Pediria a V. Ex.ª, Sr. Presidente e eminente Relator, de cujo voto ousei dissentir, licença para pedir desculpas se não interpretei exatamente seu pensamento, no voto que proferiu. Embora tendo notado a passagem em que V. Ex.ª dizia não estarem em causa as precedentes nomeações, atentei também para o ponto em que V. Ex.ª declarava não dever surpreender a pretérita atuação do Poder Executivo, no fazer as nomeações que, na composição do Tribunal, resultaram em superioridade numérica dos integrantes oriundos da classe dos auditores, magistrados militares.

Há evidentemente, a ressalva que V. Ex.ª fez e que agora renova.

Meu erro de entendimento, se me permite assim expressar, foi dar maior ênfase à compreensão dada por V. Ex.ª, embora sem aceitação, às precedentes nomeações, que alteraram a composição normal do Tribunal. E isto é reconhecido. Nomeações anteriores fizeram com que a composição equilibrada entre antigos membros do Ministério Público e antigos auditores militares, de um lado, e juízes de livre escolha, do outro, não estivesse observada como determina a Constituição.

Ainda não devendo prevalecer a interpretação que dei ao douto voto de V. Ex.ª, pois temos sua oportuna e clara declaração a respeito de meu engano, quero dizer que essa situação de desequilíbrio, embora não se estejam procurando desconstituir as nomeações passadas, é situação tranqüilamente admitida nas informações e em tudo o mais que se diz no processo. E é o que a atual nomeação procura corrigir.

Dentro deste quadro, em que a passagem a que me prendi, no voto de V. Ex.ª, é apenas acidental, mantenho minha conclusão no sentido de preferir aquela solução que restabelece a paridade entre as duas categorias de Ministros civis do Superior Tribunal Militar.

É o que peço vênia ao eminente Ministro Xavier de Albuquerque para dizer não em contestação ao seu esclarecimento, mas em justificação da posição que adotei em meu voto.

O Sr. Ministro Xavier de Albuquerque (Presidente e Relator): Agradeço a explicação de V. Ex.ª.

Meu esclarecimento teve o propósito de evitar que o Tribunal supusesse que meu voto se havia fundado na compreensão da legitimidade das nomeações pretéritas, nas quais o Presidente da República recrutou, para cargos de livre escolha, ou auditores, ou membros do Ministério Público. Absolutamente, meu voto não se fundou nisso, que não examinei. Disse que havia precedentes, citei dois exemplos de nomeações desse gênero, e observei que o Presidente há de ter entendido que, podendo nomear livremente entre quaisquer juristas, também poderia recrutar jurista que, coincidentemente, também era auditor, ou membro do Ministério Público. Mas não me pronunciei sobre se isso correspondia, ou não, à intenção da Constituição.

Insisto, com a devida vênia, em que esse tema não está em causa, porque diz respeito às nomeações precedentes, que não estão sendo revistas. O que está sendo revisto é o ato de nomeação para vaga que, fora

de qualquer dúvida possível, pertence à carreira dos auditores.

Se tiver havido ilegalidade na nomeação do Ministro Lima Torres, não será por meio de outra ilegalidade que ela haverá de ser corrigida. A forma de ser reparada pela própria administração a ilegalidade do ato administrativo, é o seu anulamento, como é corrente e consta da *Súmula* 473; não o será, certamente, essa estranha figura de compensação de ilegalidades.

Tomarei os demais votos.

VOTO

O Sr. Ministro Soares Muñoz: Com a vênia do eminente Ministro Rafael Mayer, acompanho os votos dos eminentes Ministros Xavier de Albuquerque e Decio Miranda, no tocante à legitimidade *ad causam* dos impetrantes. Eles são auditores e se o lugar couber a essa categoria, legítimo é o interesse dos postulantes de, nessa qualidade, concorrerem à vaga.

O exame da legitimidade, acentua Barbosa Moreira, como de qualquer das condições da ação, tem de ser feito com abstração das possibilidades que, no juízo do mérito, vão deparar-se ao julgador: a de proclamar existente ou a declarar inexistente a relação jurídica, que constituiu a *res in iudicium deducta.* Significa isso que o órgão judicial, ao apreciar a legitimidade das partes, considera tal relação jurídica *in statu assertionis,* ou seja, à vista do que se afirmou. Tem ele de raciocinar como quem admita, por hipótese, e em caráter provisório, a veracidade da narrativa, deixando para a ocasião própria (o juízo de mérito) a respectiva apuração, ante os elementos de convicção ministrados pela atividade instrutória (in *Temas de Direito Processual.* Saraiva, 1977, p. 200).

Essa doutrina está consagrada no art. 267, VI, do Código de Processo Civil, dispondo que o processo se extingue, sem o julgamento do mérito, "quando não concorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual".

O mérito, na hipótese *sub judice,* consiste na procedência ou improcedência da afirmativa de que a vaga no Superior Tribunal Militar, para a qual foi nomeado o litisconsorte passivo, não cabe a ele, jurista, mas a auditor.

O essencial é que, na composição do Superior Tribunal Militar, seja respeitada a proporcionalidade estabelecida no art. 128 da Constituição da República, vale dizer, quatro oficiais-generais da ativa do Exército; três oficiais-generais da ativa da Marinha; três oficiais-generais da ativa da Aeronáutica; dois dentre auditor ou membro do Ministério Público, de comprovado saber jurídico; e três civis de notório saber jurídico.

Os lugares destinados a auditor e a membro do Ministério Público se acham, presentemente, providos, de sorte que a vaga existente toca à categoria dos juristas, embora o último titular tivesse sido auditor. A ninguém assiste o direito, líquido e certo, à manutenção dessa irregularidade de natureza constitucional. Em verdade não estão em causa as nomeações anteriores de auditor para vaga destinada a jurista. Mas a concessão do mandado de segurança importará, por via de conseqüência, em reconhecer a legitimidade de tais nomeações, tanto que ao Presidente da República não seria lícito alterar o *status quo.* Ora, repito, a ninguém assiste direito, líquido e certo, à manutenção de uma situação contrária à Lei Maior.

VOTO

O Sr. Ministro Cunha Peixoto: A Primeira Turma, tendo como relator o eminente Ministro Soares Muñoz, considerou parte legítima os Promotores de Goiás que reclamavam contra o preenchimento de uma vaga para o Tribunal de Justiça da-

quele Estado por um advogado, quando entendiam pertencer ela ao Ministério Público. Não me manifestei, expressamente, naquela ocasião, sobre a preliminar, porque a entendi pacífica e já sobre ela me externara, quando tive a honra de integrar o Tribunal de Justiça de Minas Gerais.

Na verdade, trata-se aqui, como naquela ocasião, de matéria de direito público e, nesta, a legitimidade ativa para desfazer atos irregulares da administração deve ser encarada com maior largueza, porque o próprio Estado e seus estaduanos têm interesse em que o ato caracterizador do desvio do poder não se mantenha. Esta tendência do direito constitucional e administrativo brasileiro se verifica através de ação popular em que qualquer pessoa do povo pode procurar anular os atos que trazem prejuízos patrimoniais às entidades administrativas. Ora, se qualquer pessoa do povo tem capacidade para anular ato ilegal da administração apenas porque afeta seu patrimônio, com maioria de razão aquele que, além do interesse público, tem, também, o seu, embora em expectativa deve podê-lo. Não é possível descurar que as nomeações e seu critério, previstos pela Constituição, têm por objetivo precípuo o interesse público, sendo ainda necessário, como assinala Gabino Fraga, ter em conta o interesse do titular do serviço público, pois de outra maneira não se pode conseguir pessoas idôneas para o cargo.

Admitido não poder o integrante de uma carreira, apenas porque não está na época de sua promoção ou de acesso, mesmo que esta dependa do livre arbítrio do Executivo, agir judicialmente contra o abuso da administração pública, que venha afetar esta nomeação, seria tornar discricionários os atos da administração, porque, praticada, por exemplo, uma promoção ilegal, teria ela, entretanto, de prevalecer, já que não haveria ninguém com capacidade para movimentar o Poder Judiciário no sentido da destituição.

Por outro lado, é preciso, em casos como o em julgamento, como assinala o eminente Ministro Xavier de Albuquerque, distinguir "entre o direito a nomeação e o direito de concorrer à escolha para o efeito de nomeação. Quando a escolha tem de recair em um dos integrantes de certa categoria funcional, a nenhum deles pode ser negado o direito de concorrer a ela".

Por estes motivos, entendo serem os impetrantes parte legítima para estar em juízo e pedir o desfazimento do ato, que sustentam violar dispositivos constitucionais, bem como seu futuro interesse.

Senhor Presidente, equivoquei-me, da leitura que fiz do voto do eminente Ministro Xavier de Albuquerque, ao julgar que Sua Excelência havia afirmado ser possível a nomeação de um auditor para a vaga de jurista, porque aquele também podia ser considerado jurista. Mas, Sua Excelência, agora, colocou no devido lugar a sua posição, esclarecendo tê-lo feito como uma referência ao entendimento do Governo, e não ao de Sua Excelência.

Como meu voto escrito, no tocante ao mérito, está calcado nessa má compreensão do voto de Sua Excelência, passo a concluí-lo oralmente, e fazendo-o, ouso discordar do douto voto do eminente Relator, porque, de acordo com a Constituição, a nomeação de civis para o Superior Tribunal Militar se distingue em dois casos: o primeiro, de juristas; o segundo, de auditores. Deve haver, pois, no Tribunal, três juristas e dois elementos saídos da classe de Auditor.

Ora, já existem dois auditores nomeados. Assim, se o Presidente da República nomeasse um terceiro, violaria a Constituição, pois passaria o Tirbunal a ter três membros originários da Auditoria da Justiça Militar e apenas dois escolhidos entre juristas, razão pela qual, *data venia* de Sua Excelência, acompanho o eminente Ministro Rafael Mayer.

Denego a segurança.

VOTO

O Sr. Ministro Moreira Alves: Sr. Presidente, com a devida vênia do eminente Ministro Rafael Mayer, conheço da segurança, pelas razões que já foram apresentadas nos votos que me antecederam, e que, nesse particular, divergiram do de S. Ex.ª

Quanto ao mérito, entendo que, em face do sistema constitucional de composição dos Tribunais Superiores Federais, a composição do Superior Tribunal Militar, no tocante aos Ministros civis, se faz com três ministros juristas (que, no meu entender, não são necessariamente advogados, porque poderão ser juízes de outros tribunais, os membros do Ministério Público, exceto, porém, auditores militares ou membros do Ministério Público Militar) e com dois dentre auditores militares e membros do Ministério Público Militar.

Ora, partindo dessa premissa, que é a inteligência que dou ao § 1º, do art. 128, da Constituição federal, encontro-me, no caso concreto, diante de uma alternativa: ou mantenho a natureza das vagas, de acordo com a origem delas, ou faço observar, agora, o texto constitucional.

O eminente Ministro Xavier de Albuquerque, a meu ver, optou pela primeira alternativa, por entender que a segunda não era objeto da lide. Os votos que se contrapuseram ao de S. Ex.ª adotaram a segunda alternativa.

Para orientar-me nessa divergência que se me apresenta, parto do princípio de que só se pode preservar a destinação originária das vagas, se o preceito constitucional foi observado desde o início, e isso porque se, na origem dessas vagas, o preceito constitucional foi cumprido, qualquer modificação que posteriormente se lhes faça acarretará a inobservância da norma constitucional.

No caso, verifico que, em face da inteligência que dou ao texto constitucional, ele não vem sendo observado com relação às vagas já preenchidas, e, em assim sendo, parece-me que o superior interesse da preservação do respeito à norma constitucional se sobrepõe à origem histórica de destinação das vagas.

Conseqüentemente, deve-se corrigir erro que, porventura, tenha sido praticado.

É claro que, adotando esse entendimento, não estou julgando as nomeações anteriores que, a meu ver, não teriam observado o critério que a Constituição estabelece, e isso porque elas não são objeto da lide. Mas não posso deixar de levar em consideração a circunstância de que, no caso, o impetrante, que foi nomeado para uma vaga, cujo preenchimento se adequa à inteligência que dou ao preceito constitucional, está tendo sua nomeação impugnada, e conseqüentemente, para preservar o direito dele, e não, evidentemente, para atacar o dos que foram nomeados anteriormente, sou levado, seguindo as premissas do raciocínio que estabeleci, a dar razão ao impetrante, uma vez que, na atual composição do STM já há auditores e membros do Ministério Público Militar em número superior àquele que a Constituição, no § 1º do art. 128, permite.

Assim, Sr. Presidente, com a devida vênia do voto de V. Ex.ª, acompanho os votos divergentes, que denegam a segurança.

EXTRATO DA ATA

MS 20 209-2 — DF — Rel., Min. Xavier de Albuquerque. Reqtes.: Antonio Carlos de Seixas Telles e outros (Advs. Antonio Telles Neto, Ivone da Silva Santos e João Batista de Souza). Reqdos.: Presidente da República e Ministro-Presidente do Superior Tribunal Militar. Litisconsorte Passivo Necessário: Dr. Jorge Alberto Romeiro (Adv. Helio Tornaghi).

Decisão: Pediu vista o Ministro Rafael Mayer, após o voto do Ministro Relator

concedendo a segurança. Falaram pelos Reqtes. o Dr. João B. de Souza, pelo litisconsorte Passivo Necessário o Dr. Helio Tornaghi, e pelos Reqdos. o Dr. Firmino Ferreira Paz, Procurador-Geral da República. Impedidos os Srs. Ministros Antonio Neder e Cordeiro Guerra. Presidiu ao julgamento o Sr. Ministro Xavier de Albuquerque. T. Pleno, 29.8.79.

Decisão: Pediu vista o Ministro Decio Miranda, após o voto do Ministro Relator concedendo a segurança, e do voto do Ministro Rafael Mayer, denegando-a. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Antonio Neder. Presidência do Sr. Ministro Xavier de Albuquerque. T. Pleno, 12.9.79.

Decisão: Pediu vista o Ministro Leitão de Abreu, depois dos votos dos Ministros Relator, Decio Miranda, Soares Muñoz, Cunha Peixoto e Moreira Alves, rejeitando a preliminar de ilegitimidade dos impetrantes, e do Ministro Rafael Mayer, acolhendo-a; e dos votos do Relator, concedendo a segurança, e dos Ministros Rafael Mayer, Decio Miranda, Soares Muñoz, Cunha Peixoto e Moreira Alves, denegando-a. Impedidos os Srs. Ministros Cordeiro Guerra e Antonio Neder. Presidiu ao julgamento o Sr. Ministro Xavier de Albuquerque. T. Pleno, 26.9.79.

Presidência do Sr. Ministro Xavier de Albuquerque, no impedimento do Sr. Ministro Antonio Neder (Presidente). Presentes à sessão os Srs. Ministros Djaci Falcão, Thompson Flores, Leitão de Abreu, Moreira Alves, Cunha Peixoto, Soares Muñoz, Decio Miranda e Rafael Mayer.

Impedido, o Sr. Ministro Cordeiro Guerra.

Procurador-Geral da República, o Dr. Firmino Ferreira Paz.

VOTO (VISTA)

O Sr. Ministro Leitão de Abreu: No tocante à legitimidade *ad causam* dos impetrantes, acompanho o voto do eminente Relator. Peço licença, contudo, a Sua Excelência, para, quanto ao mérito, divergir de sua douta opinião, por me parecer que, neste ponto, assiste razão ao Senhor Ministro Rafael Mayer, autor do primeiro voto discordante, bem como aos demais Ministros, que se manifestaram, em seguida, pelo indeferimento do mandado. Denego, pois, a segurança.

VOTO

O Sr. Ministro Carlos Thompson Flores: Como V. Ex.ª, Sr. Presidente, e Relator, rejeito a prejudicial de ilegitimidade ativa dos impetrantes, adotando os fundamentos que aduziu e nos precedentes desta Corte que invocou.

No mérito, todavia, peço permissão para dissentir de seu trabalhado, minucioso e exaustivo voto, para acompanhar o douto voto do eminente Ministro Rafael Mayer.

V. Ex.ª, buscando, de longe, o provimento dos cargos de juízes civis, colheu inspiração para conceder o *writ* na origem da vaga do cargo a prover. E, como seu ex-ocupante originava-se da classe dos auditores, considerou V. Ex.ª que impendia guardar fidelidade à continuidade preexistente na composição atual do Colendo Superior Tribunal Militar a qual, sem provocação, não poderia rever.

Considero, *data máxima venia*, que não foi feliz ao assim proceder.

Creio que o espírito que norteou a indicação e constante do ofício cuja leitura procedeu o eminente Ministro Rafael Mayer, emanado do Superior Tribunal Militar, é o único que atende à imposição constitucional através da composição mista dos juízes togados da Corte Castrense, através das distinções que se fazem nas alíneas que compõem o § 1º do art. 128 da Carta Maior.

O que, em verdade ela (distinção) quer é uma composição variada para o Colégio, já traduzida quanto aos juízes militares

(art. 128, *caput*), estatuindo até seu número, segundo sejam os escolhidos da Marinha, do Exército ou da Aeronáutica, o mesmo fazendo quanto aos juízes civis.

E, no pertinente a estes, limitou a *dois dos cinco* que integram, que se originem da classe dos auditores e membros do Ministério Público; os outros *três*, evidentemente, hão de ser buscados entre outros que não tenham aquelas origens. E por óbvias razões. Serão eles, satisfeitos os requisitos da letra *c*, recrutados de fontes outras que não sejam nem auditores, nem membros do Ministério Público da Justiça Militar. Assim, juízes, promotores ou procuradores outros, professores, advogados, etc.

De resto, este é o sistema adotado na Constituição, quer nos colegiados estaduais (Tribunais de Justiça, Alçada e até Militar), quer nos federais (Tribunal Superior Eleitoral, Tribunal Superior do Trabalho e Tribunal Federal de Recursos).

Assim, já havendo no Superior Militar *dois* ministros investidos segundo dispõe a letra *b* do § 1º do art. 128 da Constituição, já não há lugar para outro da mesma origem, sob pena de ser descumprida a norma que é cogente, embora já tivesse sido ela desatendida, o que não está em julgamento.

A indicação, pois, aqui impugnada do Professor Jorge Alberto Romeiro, estranho à classe dos auditores e do Ministério Público, é, de todo, legítima, encontra amparo na Carta Maior, seja, especificamente, o art. 128, § 1º, *a* e *b*, seja em seu sistema, arrebatando, pois, o invocado direito dos impetrantes, os quais, conquanto disponham de legitimidade para a impetração, não têm, todavia, o direito que invocam, menos líquido e certo, para que a vaga seja ocupada por um da classe a que pertencem, provida que há de ser por classes outras, entre as quais se encontra o citado Professor Romeiro, razão por que, rejeitando a prejudicial de ilegitimidade, denego o *mandamus*.

É como voto, *data venia*.

VOTO

O Sr. Ministro Djaci Falcão: Rejeito a prejudicial de mérito consistente em ilegitimidade *ad causam*. A legitimidade para ingressar em juízo não há de pressupor o direito à nomeação para determinado cargo. De modo que, aquele que se apresenta alegando direito de concorrer à escolha para efeito de nomeação, tem, em princípio, legítimo interesse na solução da questão.

Assim já votei.

É o caso dos impetrantes, auditores da Justiça Militar, buscando anular o decreto de nomeação do Dr. Jorge Alberto Romeiro para o cargo de Ministro Civil do Superior Tribunal Militar.

O colegiado em causa, pelas características da sua composição, por força de preceito constitucional, está sujeito no que toca aos Ministros civis, à seguinte proporção: três juristas de notório saber jurídico e idoneidade moral, com prática forense de mais de dez anos (letra *a*, do § 1º, do art. 128); e dois auditores e membros do Ministério Público da Justiça Militar, de comprovado saber jurídico (letra *b*, do § 1º, do art. 128).

Há, como se vê, uma proporção que leva em conta a origem profissional, repetindo, aliás, o critério adotado em relação aos Ministros militares (art. 128, *caput*).

Outrossim, não se deve perder de vista a intenção primordial da proporcionalidade.

Diante dessa exegese, que se me afigura correta, orientou-se o Egrégio Superior Tribunal Militar, como se verifica do ofício que encaminhou ao Sr. Presidente da República, sob nº 092, de 9.4.1979. Assim sendo, a vaga aberta com a aposentadoria do ilustre Ministro Waldemar Torres da Costa, oriundo da magistratura, veio possibilitar a recomposição do Tribunal nos limites traçados pela Constituição, dado o qua-

dro que apresentava, ou seja, três Ministros escolhidos nos termos da letra *b*, do § 1º, do art. 128, da Constituição, e dois com base na letra *a*, do § 1º, do mesmo artigo.

Concluiu, com propriedade, o eminente Ministro Rafael Mayer:

"Ora a linha histórica de precedentes do provimento do cargo só se entende vinculativa para o futuro quando ela se comporta dentro da observância das pautas constitucionais.

Estas devem ter supremacia assegurada a todo o momento em que se mostre necessário e oportuno.

Ora, o ato administrativo que tenha por intento repor a proporcionalidade nas composições colegiadas previstas no texto maior, acaso descurada ou inadvertida, é legítimo e por isso não lesa direito de ninguém. Com efeito, não pode haver direito a uma investidura que importe em manutenção de uma estrutura orgânica desconforme com a letra e o espírito da Constituição."

Na verdade, não houve ofensa a direito subjetivo dos impetrantes.

Com a *venia* do eminente Ministro Xavier de Albuquerque, acompanho o voto do nobre Ministro Rafael Mayer, denegando a segurança.

EXTRATO DA ATA

MS 20 209-2 — DF — Rel., Min. Xavier de Albuquerque. Reqtes. Antonio Carlos de Seixas Telles e outros (Advs. Antonio Telles Neto, Ivone da Silva Santos e João Batista de Souza). Reqdos.: Presidente da República e Ministro-Presidente do Superior Tribunal Militar. Litisconsorte Passivo Necessário: Dr. Jorge Alberto Romeiro (Adv. Hélio Tornaghi).

Decisão: Pediu vista o Ministro Rafael Mayer, após o voto do Ministro Relator concedendo a segurança. Falaram pelos Reqtes: o Dr. João B. de Souza, pelo litisconsorte Passivo Necessário o Dr. Hélio Tornaghi, e pelos Reqdos. o Dr. Firmino Ferreira Paz, Procurador-Geral da República. Impedidos os Srs. Ministros Antonio Neder e Cordeiro Guerra. Presidiu ao julgamento o Sr. Ministro Xavier de Albuquerque. T. Pleno, 29.8.79.

Decisão: Pediu vista o Ministro Decio Miranda, após o voto do Ministro Relator concedendo a segurança, e do voto do Ministro Rafael Mayer, denegando-a. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Antonio Neder. Presidência do Senhor Ministro Xavier de Albuquerque. T. Pleno, 12.9.79.

Decisão: Pediu vista o Ministro Leitão de Abreu, depois dos votos dos Ministros Relator, Decio Miranda, Soares Muñoz, Cunha Peixoto e Moreira Alves, rejeitando a preliminar de ilegitimidade dos impetrantes, e do Ministro Rafael Mayer, acolhendo-a; e dos votos do Relator, concedendo a segurança, e dos Ministros Rafael Mayer, Decio Miranda, Soares Muñoz, Cunha Peixoto e Moreira Alves, denegando-a. Impedidos os Srs. Ministros Cordeiro Guerra e Antonio Neder. Presidiu ao julgamento o Sr. Ministro Xavier de Albuquerque. T. Pleno, 26.9.79.

Decisão: Rejeitou-se a preliminar de ilegitimidade dos impetrantes, vencido o Ministro Rafael Mayer, e denegou-se a segurança, contra o voto do Ministro Relator. Impedidos os Srs. Ministros Antonio Neder e Cordeiro Guerra. Presidiu ao julgamento, o Sr. Ministro Xavier de Albuquerque. T. Pleno, 10.10.79.

Presidência do Sr. Ministro Xavier de Albuquerque, na ausência ocasional do Senhor Ministro Antonio Neder. Presentes à sessão os Senhores Ministros Djaci Falcão, Thompson Flores, Leitão de Abreu, Cordeiro Guerra, Cunha Peixoto, Soares Muñoz, Decio Miranda e Rafael Mayer.

Procurador-Geral da República, Substituto, o Dr. Francisco de Assis Toledo.