

VOTO

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN (RELATOR): Preliminarmente, a Assembleia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul requer a notificação dos Estados de São Paulo e de Minas Gerais como interessados, pois previsões idênticas às questionadas constam também em suas Constituições (eDOC 17).

A impugnação, no entanto, restringe-se à Constituição do Estado do Rio Grande do Sul, de modo que, ainda que os fundamentos desta ação possam futuramente servir de precedente ao debate (sobre o qual não há notícia nos autos) acerca da constitucionalidade dos respectivos dispositivos, terão caráter persuasivo e não vinculante, não sendo necessário que ingressem no presente feito, o que poderiam ter feito na qualidade de *amicus curiae*. Não se trata, pois, de um requisito formal ao julgamento do mérito, o qual passo a analisar.

Inicialmente, é necessário esclarecer o histórico da criação do Tribunal Militar do Rio Grande do Sul, tal como consta na manifestação da Assembleia Legislativa (eDOC 14) e do próprio Tribunal (eDOC 17).

O Tribunal Militar do Rio Grande do Sul não foi criado pela Constituição Estadual de 1989. Alega-se que “no Rio Grande do Sul, a Justiça Militar existiu antes mesmo da Justiça Comum”, sendo o “primeiro Tribunal Militar Estadual criado na República”. A Lei Federal n.º 192/1936 determinou que cada Estado organizasse a sua Justiça Militar, mantendo o Estado do Rio Grande do Sul o seu Conselho de Apelação, o qual foi convertido em Corte de Apelação pelo Decreto-lei Estadual n.º 47/1940. Havia previsões quanto à justiça militar nas Constituições de 1946 e 1967, mas esta vinculou a sua criação à proposta do Tribunal de Justiça e a Emenda n.º 1/1969 limitou-a à primeira instância, exceto àqueles Estado que já tivessem instalado a sua segunda instância (art. 192), estando prevista a sua manutenção no Estado do Rio Grande do Sul no art. 18, parágrafo único, da Lei Complementar Federal n.º 35/1979 e na Lei Estadual n.º 6.156/70 e havendo referência à justiça militar como integrante do Poder Judiciário do Estado na Lei n.º 7.356/1980 (eDOC 14, p.111 e ss).

Por sua vez, o art. 92, VI, da Constituição de 1988, prevê os Tribunais Militares como órgãos do Poder Judiciário e o art. 125, §3º, autoriza criação – por lei estadual de iniciativa do Tribunal de Justiça local – da justiça militar estadual que, no segundo grau, pode ser constituída por Tribunal de Justiça Militar nos Estados em que o efetivo militar seja

superior a vinte mil integrantes.

Não há regra de transição. Mas tampouco há previsão de extinção. E também, como se sabe, não há inconstitucionalidade formal superveniente.

Rogério Gesta Leal, ao comentar o dispositivo, pondera:

“Veja-se que, em face do art. 162, da Constituição Brasileira de 1967, e sua Emenda em 1969, somente três Estados da Federação tiveram mantidos os Tribunais de Justiça Militar, razão pela qual não são atingidos pelo quantitativo de efetivo perquirido aqui (superior a vinte mil integrantes), a saber: São Paulo, Minas Gerais e Rio Grande do Sul.” (in CANOTILHO, J.J.; MENDES, Gilmar F. [et al]. *Comentários à Constituição do Brasil*, 2ª ed. SP: Saraiva Educação, 2018, p. 1627)

Não havendo expressa extinção pela Constituição da República, presume-se a sua recepção, não havendo óbice para que o constituinte estadual originário mantenha abstratamente essa organização judiciária já devidamente criada pela lei. Sem essa expressa previsão, o Tribunal, já existente no mundo fático, não pode depender da ratificação na forma prevista para novos tribunais para que passe a existir juridicamente *ab ovo*.

Essa constitucionalização, no entanto, é limitada a uma declaração do arranjo institucional à época da edição da Constituição Estadual. Conforme parecer de Aderbal Torres de Amorim, anexo às informações do Tribunal de Justiça Militar:

“Após a Constituição de 1988, obediente ao novel Estado de Direito, o constituinte local deu cumprimento ao comando posto no §1º do art. 125 do Estatuto Supremo: via Constituição Estadual, definiu a *competência* do Tribunal de Justiça Militar do Estado e, em termos *organizacionais*, *copiou* a legislação então vigente.

Repita-se à náusea: nada *constituiu*, nada *desconstituiu*. Apenas *declarou*.” (eDOC 17. p. 9)

Para essa natureza declaratória, entendo deva persistir a compreensão de que “...1. *As regras de iniciativa reservada previstas na Carta da República não se aplicam às normas originárias das constituições estaduais ou da Lei Orgânica do Distrito Federal. Precedente.*”(ADI 1167, Relator(a): Min.

DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 19/11/2014).

No mais, no entanto, o Poder Constituinte Decorrente, como se sabe, é “derivado, subordinado e condicionado” aos princípios constitucionais sensíveis, aos princípios federais extensíveis e aos princípios constitucionais estabelecidos, os quais se dividem em normas de competência e normas de preordenação ou normas de reprodução obrigatória, conforme lição do Ministro Alexandre de Moraes (*Direito Constitucional*, 21ªed. SP: Atlas, 2008, p. 249-250.) Estas últimas “*geralmente possuem natureza institucional e definem, na Constituição Federal, antecipadamente, a organização dos Poderes e instituições dos Estados-membros.*”(ADI 4362, voto do Min. Roberto Barroso, j. 09/08/2017)

Nesse sentido especificamente sobre as normas de organização judiciária:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. MEDIDA CAUTELAR. EMENDA CONSTITUCIONAL N.º 8, DE 20.05.99, PROMULGADA PELA ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE SÃO PAULO. EXTINÇÃO DOS TRIBUNAIS DE ALÇADA E SUA TRANSFORMAÇÃO EM ÓRGÃOS DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. PROMOÇÃO DOS INTEGRANTES DAQUELES AO CARGO DE DESEMBARGADORES. AUSÊNCIA DE PROPOSTA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AFRONTA AO ART. 96, II, D, DA C.F. A Constituição Federal reservou aos Tribunais de Justiça a iniciativa legislativa relacionada à auto-organização da magistratura, não restando ao constituinte ou ao legislador estadual senão reproduzir os respectivos textos na Carta Estadual, sem qualquer margem para obviar a exigência da Carta Federal. Cautelar deferida para suspender a eficácia da Emenda Constitucional n.º 8, de 20.05.99, do Estado de São Paulo.

(ADI 2011 MC, Relator(a): Min. ILMAR GALVÃO, Tribunal Pleno, julgado em 30/06/1999, DJ 04-04-2003 PP-00039 EMENT VOL-02105-02 PP-00212)

Em seu voto, anotou o Min. Ilmar Galvão:

“Entre os princípios da Constituição Federal, de observância imperiosa pelos Estados, encontram-se, na lição de José Afonso da Silva, os *princípios estabelecidos*, que limitam a autonomia organizatória dos Estados, incluindo-se entre esses o

da iniciativa exclusiva dos Tribunais de Justiça dos Estados para as leis de criação ou extinção dos tribunais inferiores (art. 96, II, "c") e de alteração da organização judiciária (art. 96, II, "d").

(...)

Não se trata, no caso, de princípios consubstanciadores de regras de organização da União, cuja aplicação deva ser estendida aos Estados por simetria, como tantas outras, mas, como já dito, de princípios fixados pela Carta Magna para aplicação nos Estados-membros.

Fora de dúvida, portanto, que se está diante de matéria cuja disciplina foi excluída pela Constituição Federal da esfera dos poderes estaduais, não podendo sobre ela deliberar apenas o Poder Constituinte Estadual, mas, também, as Assembleias Legislativas, seja por meio de elaboração de lei, seja por via de emenda constitucional."

Há em seguida a referência à Representação n.º 1.102, rel. Min. Soares Muñoz, a qual considerou inconstitucional emenda à constituição do Rio Grande do Sul que justamente extinguiu o Tribunal Militar, editada sob à égide da Emenda Constitucional de 1969, a qual, como visto, já previa, como o atual art. art. 96, II, "d", a necessária iniciativa do Tribunal de Justiça:

TRIBUNAL MILITAR DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. EXTINÇÃO DO TRIBUNAL MILITAR DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL MEDIANTE EMENDA CONSTITUCIONAL DE INICIATIVA DA ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA E POR ELA PROMULGADA SEM PREVIA PROPOSTA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. OFENSA AO ART-144, § 5º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. REPRESENTAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE JULGADA PROCEDENTE.

(Rp 1102, Relator(a): Min. SOARES MUNOZ, Tribunal Pleno, julgado em 26/05/1982, DJ 28-09-1984 PP-15955 EMENT VOL-01351-01 PP-00092 RTJ VOL-00104-02 PP-00496)

Assim, a mesma natureza de preordenação ou de norma de reprodução obrigatória tem o art. 125 da Constituição da República, que estabelece, no *caput*: "*Os Estados organizarão sua Justiça, observados os princípios estabelecidos nesta Constituição*" e o seu parágrafo terceiro, com a seguinte redação após a Emenda Constitucional n.º 45/2004: "*§ 3º A lei*

estadual poderá criar, mediante proposta do Tribunal de Justiça, a Justiça Militar estadual, constituída, em primeiro grau, pelos juizes de direito e pelos Conselhos de Justiça e, em segundo grau, pelo próprio Tribunal de Justiça, ou por Tribunal de Justiça Militar nos Estados em que o efetivo militar seja superior a vinte mil integrantes.”

Logo, embora a Constituição possa manter o Tribunal de Justiça militar já existente, a natureza declaratória dessa previsão não afasta a prescrição da Constituição da República quanto à espécie normativa e à reserva de iniciativa das disposições posteriores. Há, afinal, uma explícita opção normativa da Constituição de 1988 – de observância obrigatória pelos Estados – de estabelecer que o juízo de conveniência e oportunidade, i.e., o juízo político sobre a criação dos Tribunais Militares deve iniciar no Judiciário. Nesse sentido:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTIGO 57, §§ 1º A 3º, E ARTIGO 58 DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE GOIÁS. COMPOSIÇÃO E COMPETÊNCIA DOS CONSELHOS DA JUSTIÇA MILITAR. VIOLAÇÃO DO DISPOSTO NO ARTIGO 125, § 3º, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. 1. As modificações impostas ao artigo 125 da Constituição do Brasil pela EC 45/04 não prejudicam o pedido. A modificação não foi substancial, configurando simples ampliação do alcance dos preceitos. 2. A Constituição do Brasil --- artigo 125, § 3º --- atribui à lei ordinária a criação da Justiça Militar estadual. A iniciativa, nos termos do que o texto constitucional estabelece, é reservada ao Tribunal de Justiça local. O constituinte goiano, ao criar a Justiça Militar naquela unidade federativa, o fez de forma diversa da prevista na CB/88, seja em razão da iniciativa reservada, seja em razão da espécie normativa adotada. Vício formal. 3. Ação direta julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade dos §§ 1º a 3º do artigo 57 e do artigo 58 da Constituição do Estado de Goiás.

(ADI 471, Relator(a): Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 03/04/2008, DJe-162 DIVULG 28-08-2008 PUBLIC 29-08-2008 EMENT VOL-02330-01 PP-00001)

Por ocasião do julgamento da ADI 2011-MC, acima citado, ponderou-se sobre a perplexidade da conciliação dessas circunstâncias:

“O senhor Ministro Marco Aurélio - Senhor presidente, a

minha perplexidade decorre do congelamento a que chegamos, a prevalecer a óptica exteriorizada pelo Ministro Moreira Alves. De início, s. Exa. aponta que se teria a perpetuação do quadro judiciário emanado do poder constituinte originário e não deixa de admitir que os Tribunais de Justiça, considerada a simetria editada pela Carta da República, não têm a iniciativa quanto à proposta de emenda constitucional. Então chegaríamos a seguinte consequência: não há possibilidade de modificação por iniciativa do Tribunal de Justiça e, também, não há possibilidade de modificação por iniciativa da própria Assembleia.

O senhor Ministro Moreira Alves - (...) Assim, talvez haja solução alternativa para a conciliação desses dispositivos constitucionais: ou admitir-se heterodoxamente que, neste caso, se fará a modificação da organização judiciária por emenda constitucional de iniciativa exclusiva do Poder Judiciário; ou – e aqui a heterodoxia será maior – tendo em vista a circunstância de que não será propriamente uma modificação da Constituição do Estado, porque este organizou originariamente, e, por isso, ficou intangível, admitir-se que, por lei ordinária, seja possível a criação ou a extinção de tribunais dentro dessa organização.”

Penso, porém, que a conciliação está na compreensão da natureza declaratória e na própria disposição da Constituição da República, que, em seu art. 122, II, prevê:

“Art. 122. São órgãos da Justiça Militar:

I - o Superior Tribunal Militar;

II - os Tribunais e Juízes Militares **instituídos por lei.**”

Eis uma típica norma constitucional de eficácia jurídica limitada de princípio institutivo facultativa, conforme a clássica classificação de José Afonso da Silva. Embora se trate de norma topologicamente referente à Justiça Militar da União, considero tratar-se também de norma de reprodução obrigatória, de modo que a existência ou não dos Tribunais Militares, ainda que previstos na Constituição Estadual, depende também da instituição (no caso, recepção) por lei de iniciativa do Tribunal de Justiça local, assim como, pelo paralelismo das formas, sua eventual extinção depende apenas da lei.

É assim que deve ser compreendida a decisão da ADI n.º 725,

mencionada na Inicial:

EMENTA: Ação direta de inconstitucionalidade. §§ 1º e 3º do artigo 104 da Constituição do Estado do Rio Grande do Sul. Composição do Tribunal Militar do Estado. - Inconstitucionalidade formal, porque, pelo disposto no art. 125, § 3º, da Constituição Federal, há expressa reserva constitucional federal em favor da lei ordinária estadual, de iniciativa exclusiva do Tribunal de Justiça, para criação da Justiça Militar estadual, e, sendo certo que, competindo a essa lei ordinária a criação dessa Justiça a ela também compete a sua organização e a sua extinção, não pode a Carta Magna estadual criar, ou manter a criação já existente, organizar ou extinguir a Justiça Militar estadual. Ação que se julga procedente, para declarar-se a inconstitucionalidade dos §§ 1º e 3º do artigo 104 da Constituição do Estado do Rio Grande do Sul.

(ADI 725, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, Tribunal Pleno, julgado em 15/12/1997, DJ 04-09-1998 PP-00003 EMENT VOL-01921-01 PP-00014)

Referindo a essa decisão, comenta Rogério Gesta Leal:

É de se atentar para o fato de que a competência exclusiva para dispor normativamente sobre a existência e composição do Tribunal Militar de cada Estado é de cada Tribunal de Justiça consectário, bem como sobre sua extinção, não podendo tal mister ser posto na Carta Política Estadual, ou ser deliberado por qualquer dos outros Poderes instituídos (in: CANOTILHO, J.J.; MENDES, Gilmar F. [et al]. *Comentários à Constituição do Brasil*, 2ª ed. SP: Saraiva Educação, 2018, p. 1627)

A questão ali tratava da composição do Tribunal Militar e não à sua existência, embora esta tenha constado como *obiter dictum*.

É essa interpretação, enfim, que deve informar o juízo de (in)constitucionalidade das normas impugnadas, as quais passo analisar pontualmente:

- art. 91, II e V:

- Art. 91. São órgãos do Poder Judiciário do Estado:
(Redação dada pela Emenda Constitucional n.º 22, de 11/12/97)

(...)

II - o Tribunal Militar do Estado; (Redação dada pela Emenda Constitucional n.º 22, de 11/12/97)

(...)

V - os Conselhos de Justiça Militar; (Redação dada pela Emenda Constitucional n.º 22, de 11/12/97) (Vide ADI n.º 4360/STF)

Ambos os incisos devem ser declarados constitucionais, desde que interpretados conforme à CRFB, com a adição da expressão “instituído(s) por lei”, tal como no art. 122, II, da CRFB.

- expressões “e do Tribunal Militar” e “depois de ouvir o Tribunal Militar do Estado”, contidas no art. 95, V, “a”, e VII:

Art. 95. Ao Tribunal de Justiça, além do que lhe for atribuído nesta Constituição e na lei, compete:

(...)

V - propor à Assembléia Legislativa, observados os parâmetros constitucionais e legais, bem como as diretrizes orçamentárias:

a) a alteração do número de seus membros e do Tribunal Militar; (Redação dada pela Emenda Constitucional n.º 22, de 11/12/97)

(...)

VII - elaborar e encaminhar, depois de ouvir o Tribunal Militar do Estado, as propostas orçamentárias do Poder Judiciário, dentro dos limites estipulados conjuntamente com os demais Poderes, na lei de diretrizes orçamentárias; (Redação dada pela Emenda Constitucional n.º 22, de 11/12/97)

Não há inconstitucionalidade no inciso V, “a” pois segue a regra de competência para a iniciativa legislativa prevista no artigo 125, §3º, da Constituição da República.

No entanto, o art. 95, VII, trata de regra concernente ao processo legislativo que restringe a competência do Tribunal de Justiça sem respaldo na simetria. Há, pois, inconstitucionalidade.

- Art. 104, *caput*, §§ 2º, 4º e 5º:

Art. 104. A Justiça Militar, organizada com observância dos preceitos da Constituição Federal, terá como órgãos de primeiro grau os Conselhos de Justiça e como órgão de segundo grau o Tribunal Militar do Estado.

(...)

§ 2º A escolha dos Juízes militares será feita dentre coronéis da ativa, pertencentes ao Quadro de Oficiais da Polícia Militar, da Brigada Militar.

(...)

§ 4º A estrutura dos órgãos da Justiça Militar, as atribuições de seus membros e a carreira de Juiz- Auditor serão estabelecidas na Lei de Organização Judiciária, de iniciativa do Tribunal de Justiça.

(...)

§ 5º Os Juízes do Tribunal Militar do Estado terão vencimento, vantagens, direitos, garantias, prerrogativas e impedimentos iguais aos Desembargadores do Tribunal de Justiça.

O art. 104, *caput*, deve ser declarado constitucional, desde que interpretado conforme à CRFB, com a adição da expressão “instituídos por lei”, tal como no art. 122, II, da CRFB.

Por sua vez, os parágrafos segundo, quarto e quinto devem ser declarados inconstitucionais por tratarem de matéria reservada à lei de iniciativa do Tribunal de Justiça, tal como já decidido na ADI n.º 725, acima transcrita, em relação aos parágrafos primeiro e terceiro desse mesmo artigo.

- Art. 105 Compete à Justiça Militar Estadual processar e julgar os servidores militares estaduais nos crimes militares definidos em lei.

Sustentava-se a sua inconstitucionalidade por arrastamento, de forma conexas à alegação de inconstitucionalidade fundada no art. 125, §3º, da CRFB, da própria instituição da Justiça Militar pela Constituição do Estado, ora considerada declaratória.

De todo modo, a definição da competência da Justiça Militar dos Estados está prevista atualmente no art. 125, §4º, da Constituição da

República, cuja primeira parte é igual ao artigo impugnado:

§ 4º Compete à Justiça Militar estadual processar e julgar os militares dos Estados, nos crimes militares definidos em lei e as ações judiciais contra atos disciplinares militares, ressalvada a competência do júri quando a vítima for civil, cabendo ao tribunal competente decidir sobre a perda do posto e da patente dos oficiais e da graduação das praças. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

Assim, não há inconstitucionalidade. A regra estadual é apenas redundante (ADI 825, rel. Min. Alexandre de Moraes, j. 25.10.2018) e, por certo, não exclui as demais competências definidas na própria Constituição da República.

- Art. 106 Compete ao Tribunal Militar do Estado, além das matérias definidas nesta Constituição, julgar os recursos dos Conselhos de Justiça Militar e ainda:

I - prover, na forma da lei, por ato do Presidente, os cargos de Juiz- Auditor e os dois servidores vinculados à Justiça Militar;

II - decidir sobre a perda do posto e da patente dos oficiais e da graduação das praças, na forma da lei;

III - exercer outras atribuições definidas em lei.

Trata-se de regra que densifica a competência do Tribunal Militar, que, como visto, nos termos do art. 125, §3º, da CRFB, e no julgamento da ADI n.º 725, deve estar prevista em lei em sentido estrito de iniciativa do Tribunal de Justiça. É, pois, inconstitucional.

- Art. 112. As funções do Ministério Público junto ao Tribunal Militar serão exercidas por membros do Ministério Público Estadual, nos termos de sua lei complementar.

Aqui também se sustentava a inconstitucionalidade por arrastamento, de forma conexa à alegação de inconstitucionalidade fundada no art. 125, §3º, da CRFB, da própria instituição da Justiça Militar pela Constituição do Estado, ora considerada declaratória.

Não sendo a previsão do Tribunal Militar inconstitucional, a previsão das funções do Ministério Público junto a ele atuante, à míngua

de outro parâmetro constitucional e havendo a devida remissão à respectiva lei complementar, tampouco padece de vício.

Ante o exposto, julgo parcialmente procedentes os pedidos da presente Ação Direta, a fim de declarar a constitucionalidade do art. 95, V, “a”, do art. 105 e do art. 112 da Constituição do Estado do Rio Grande do Sul; a constitucionalidade do art. 91, incisos II e V, e do art. 104, *caput*, da Constituição do Estado do Rio Grande do Sul, desde que haja a sua interpretação conforme à Constituição da República, aditando-lhes a expressão “instituído(s) por lei”; e a inconstitucionalidade do art. 95, inciso VII, do art. 104, parágrafos segundo, quarto e quinto, e do art. 106 da Constituição do Estado do Rio Grande do Sul .

É como voto.