



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Procuradoria-Geral da República

Nº 87.947/2015-AsJConst/SAJ/PGR

Ação direta de inconstitucionalidade 5.316/DF

Relator: Ministro **Luiz Fux**
Requerentes: Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB)
Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (ANAMATRA)
Associação dos Juízes Federais do Brasil (AJUFE)
Interessado: Congresso Nacional

CONSTITUCIONAL. ESTATUTO DA MAGISTRATURA JUDICIAL. LIMITAÇÕES AO PODER DE REFORMA CONSTITUCIONAL. ART. 100 DO ADCT, INCLUÍDO PELA EMENDA CONSTITUCIONAL 88/2015. SUJEIÇÃO DE MINISTROS DO JUDICIÁRIO E DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO A ARGUIÇÃO E APROVAÇÃO DO SENADO FEDERAL PARA PERMANÊNCIA NO CARGO ATÉ 75 ANOS DE IDADE. INTERFERÊNCIA DO PODER LEGISLATIVO NA INDEPENDÊNCIA DO JUDICIÁRIO. VIOLAÇÃO A CLÁUSULA PÉTREA. INTERPRETAÇÃO CONFORME AO ART. 100 DO ADCT PARA RESTRINGI-LÓ ÀS AUTORIDADES QUE INDICA E AO ART. 40, § 1º, II, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL PARA RECONHECER A MATÉRIA COMO RESERVADA À LEI COMPLEMENTAR DE INICIATIVA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

1. Ampliação para 75 anos da idade limite para aposentadoria compulsória significa, para a magistratura, ampliação do alcance da vitaliciedade que, assim como as demais garantias inscritas no art. 95 da Constituição da República, visa a assegurar independência e imparcialidade aos órgãos judiciais, como garantias voltadas aos cidadãos.
2. Exigência de arguição e aprovação do Senado Federal para permanência de ministros do Supremo Tribunal Federal, de Tribunais Superiores e do Tribunal de Contas da União após 70 anos de idade representa intromissão indevida do Legislativo em tema sensível à independência do Judiciário.

rio e à garantia de independência técnica e funcional dos membros do TCU, pois submete a continuidade no exercício da judicatura e do controle externo a juízo de índole eminentemente política e de caráter discricionário.

3. O modelo de investidura no cargo de ministro do Judiciário e do TCU, incluída a arguição pública (“sabatina”), é ínsito ao procedimento prévio à nomeação. Transpô-lo para além do processo prévio de escolha desnatura sua essência e compromete a independência do Judiciário e a imparcialidade técnica da corte de contas.

4. A exigência da parte final do art. 100 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias de 1988 (ADCT/1988), incluída pela Emenda Constitucional 88, de 7 de maio de 2015, consubstancia redução do núcleo de identidade do princípio da divisão funcional de poder e, por comprometer em essência a independência do Judiciário e a independência técnica e funcional das cortes de contas, extrapola os limites do poder de reforma previstos no art. 60, § 4º, III e IV, da Constituição.

5. Não se admite interpretação extensiva de norma transitória que vise a regular situações específicas enquanto não aplicável a disciplina constitucional permanente. Descabe extensão do alcance do art. 100 do ADCT para a totalidade dos membros do Poder Judiciário.

6. Temas atinentes ao desenrolar da carreira judicial, entre eles a garantia de permanência no cargo, são próprios do estatuto da magistratura e, portanto, reservados a lei complementar de iniciativa do Supremo Tribunal Federal.

7. Parecer pela concessão da medida cautelar.

I RELATÓRIO

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade, com pedido de medida cautelar, dirigida contra a expressão “nas condições do art. 52 da Constituição Federal” contida no texto do art. 100 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, introduzido pelo art. 2º da Emenda Constitucional 88, de 7 de maio de 2015.

Este é teor da norma:

Art. 100. Até que entre em vigor a lei complementar de que trata o inciso II do § 1º do art. 40 da Constituição Federal, os Ministros do Supremo Tribunal Federal, dos Tribunais Superiores e do Tribunal de Contas da União aposentar-se-ão, compulsoriamente, aos 75 ([...]) anos de idade, nas condições do art. 52 da Constituição Federal.

Sustentam as requerentes possuírem legitimidade para propositura da ação, por serem entidades de classe de âmbito nacional. No mérito, alegam que a determinação de que os atuais membros do Supremo Tribunal Federal, dos Tribunais Superiores e do Tribunal de Contas da União se aposentarão, compulsoriamente, aos 75 anos de idade, nas condições do art. 52 da Constituição, significaria restrição à permanência deles no cargo. A norma condicionaria a continuidade da investidura dos ministros a nova arguição (a chamada “sabatina”) e aprovação pelo Senado Federal. Essa previsão teria ultrapassado os limites de reforma à Constituição estabelecidos pelo poder constituinte originário ao poder constituinte derivado e violaria cláusulas pétreas relativas à separação dos poderes e aos direitos e garantias individuais (Constituição da República, art. 60, § 4º, III e IV). Afirmam que a norma é contrária às garantias de vitaliciedade e imparcialidade dos magistrados judiciais.

Asseveram que, embora localizada entre as normas transitórias, a condição imposta pelo art. 100 do ADCT seria de absorção compulsória pela lei complementar instituidora do Estatuto da Magistratura, de sorte a impor de forma perene aos ministros dos órgãos citados nova arguição perante o Senado Federal no curso

da judicatura. Nesse caso, seria suficiente declaração de inconstitucionalidade da parte final do art. 100 do ADCT, mas, caso se entenda possuir a norma caráter transitório, defende a incompatibilidade com a Constituição da totalidade do art. 2º da EC 88/2015, que acresceu o art. 100 ao ADCT/1988. Pedem suspensão cautelar do dispositivo ou da expressão “nas condições do art. 52 da Constituição Federal”, na sua parte final. Requerem declaração de nulidade da expressão indicada, contida no art. 100 do ADCT, introduzido pelo artigo 2º da Emenda Constitucional 88/2015, ou alternativamente da totalidade do art. 2º, com efeito *ex tunc*.

Em petição de aditamento, apresentaram trechos da ata da sessão do Senado Federal de 24 de agosto de 2005, em que foi incluída a expressão “nas condições do art. 52 da Constituição Federal” à proposta de emenda à Constituição que deu origem à EC 88/2015 (peça 15).

O relator adotou o rito do art. 10 da Lei 9.868, de 10 de novembro de 1999, requisitou informações do Senado Federal e da Câmara dos Deputados e solicitou manifestação à Advocacia-Geral da União e à Procuradoria-Geral da República (peça 26).

Em nova petição, a AMB noticia que, após promulgação da EC 88/2015, foram ajuizadas ações objetivando extensão do art. 100 do ADCT aos demais membros da carreira judicial. Desse modo, pleiteiam aditamento da petição inicial para que o Supremo Tribunal Federal confira interpretação conforme a Constituição ao art. 100 do ADCT, seja para definir que o artigo não se estende aos

juízes dos tribunais de segundo grau, até que seja editada lei complementar, seja para estabelecer que a lei complementar mencionada na EC 88/2015, quanto à magistratura judicial, é a lei complementar de iniciativa do STF (peça 28).

É o relatório.

II MÉRITO

II.1 AFRONTA À INDEPENDÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO (E DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO)

A Emenda Constitucional 88, de 7 de maio de 2015, alterou o limite de idade para aposentadoria compulsória dos servidores públicos e passou a admitir não apenas aposentadoria aos 70 anos de idade, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição, mas também aos 75 anos, na forma de lei complementar. Confira-se a nova redação do art. 40, § 1º, II, da Constituição da República, definida pelo art. 1º da emenda constitucional:

Art. 40. Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo.

§ 1º. Os servidores abrangidos pelo regime de previdência de que trata este artigo serão aposentados, calculados os seus proventos a partir dos valores fixados na forma dos §§ 3º e 17: [...].

II – compulsoriamente, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição, aos 70 (...) anos de idade, ou aos 75 (...) anos de idade, na forma de lei complementar.

Por consubstanciar norma constitucional de eficácia limitada, dependendo de edição de lei complementar para regulamentar o novo limite de idade de aposentadoria compulsória, a EC 88/2015 acrescentou ao ADCT o art. 100, com este teor:

Art. 100. Até que entre em vigor a lei complementar de que trata o inciso II do § 1º do art. 40 da Constituição Federal, os Ministros do Supremo Tribunal Federal, dos Tribunais Superiores e do Tribunal de Contas da União aposentar-se-ão, compulsoriamente, aos 75 (...) anos de idade, nas condições do art. 52 da Constituição Federal.

De acordo com a norma de transição, o novo limite de idade para aposentadoria compulsória aplica-se imediatamente aos ministros do Supremo Tribunal Federal, dos Tribunais Superiores e do Tribunal de Contas da União. Sua parte final, todavia, condiciona a permanência no cargo às disposições do art. 52 da Constituição da República.

A determinação da parte final do art. 100 do ADCT é genérica; pode depreender-se de declarações de parlamentares e de notas taquigráficas dos debates que o intuito do constituinte derivado foi, em realidade, condicionar a permanência nos cargos às exigências estabelecidas no art. 52, III, *a* e *b*, da Constituição da República. Em outras palavras, pretendeu o Congresso Nacional submeter os membros do Judiciário e do Tribunal de Contas da União (TCU) a nova sabatina no Senado Federal, ao completarem

70 anos de idade, como condição para continuar em atividade até os 75 anos.¹

Exame mais atento da norma transitória, entretanto, não admite tal conclusão. O art. 52, III, *a e b*, estatui competir ao Senado Federal aprovar *previamente* a *escolha* de magistrados, nos casos definidos na Constituição, e dos ministros do TCU indicados pelo Presidente da República. Na hipótese de aposentadoria compulsória aos 75 anos, não há aprovação *prévia* de *escolha* de magistrados, uma vez que eles já foram escolhidos e aprovados, nos termos do texto constitucional, para ocupar o cargo. Não há processo prévio nem ocorre escolha de pessoas para prover o cargo.

Dessa maneira, da parte final do art. 100 do ADCT, ou seja, da expressão “nas condições do art. 52 da Constituição” não há como inferir exigência de nova arguição pelo Senado da República e submissão do nome ao Plenário daquela casa. A exigência traduz, em realidade, transposição indevida de modelo de aprovação senatorial, cuja aplicação subverte o sistema constitucional de escolha de magistrados e contraria garantias da magistratura judicial, do Poder Judiciário e, sobretudo, da cidadania.

O desenho constitucional de investidura nos cargos de ministro do Supremo Tribunal Federal, dos Tribunais Superiores e do TCU, segundo o qual o Presidente da República indica e

1 A inserção da expressão impugnada deu-se por proposta do então Senador ALOÍSIO MERCADANTE, no sentido inequívoco de sujeitar ministros do STF, dos Tribunais Superiores e do TCU a nova arguição pública (“sabatina”) pelo Senado da República (*vide* peça 15 do processo eletrônico).

nomeia, após a prévia aprovação do Senado Federal, é mecanismo de controle e limitação dos poderes instituídos que possui raízes históricas no modelo norte-americano, cuja sabatina dos indicados à Suprema Corte é tradição antiga.

JOSÉ LEVI DO AMARAL MELLO, citando DWORKIN, destaca que a arguição “é mecanismo importante e estratégico para controlar e legitimar o provimento dos mais altos cargos do Estado”, que “[...] permite aos cidadãos saber o que pensam aqueles que são indicados para tarefas públicas do mais elevado relevo”, constituindo, “oportunidade única para amadurecer um mínimo de consenso em torno do indicado”. Consubstancia, em realidade, “[...] última oportunidade de avaliar um servidor que, pelo resto de sua vida, terá o poder enorme e não fiscalizável de definir os mais fundamentais direitos políticos”.²

Racionalidade nesse modelo de seleção somente se afigura presente em se tratando de procedimento **anterior** à nomeação e à posse no cargo. Estender o mecanismo, pautado no sistema de freios e contrapesos, para além do processo prévio de escolha desnatura-lhe a essência e compromete de forma substancial e inaceitável a independência do Judiciário, como núcleo essencial do princípio da divisão funcional de poder e de garantia dos cidadãos.

A divisão funcional de poder, com os demais preceitos arrolados no art. 60, § 4º, da Constituição, constitui a essência do orde-

2 MELLO, José Levi do Amaral. Comentário ao art. 84, XIV. In.: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET Ingo W. STRECK, Lenio L. (coords.) *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 1.260.

namento constitucional, sua própria identidade, como bem anota INGO WOLFGANG SARLET.³ Para manutenção da integridade da ordem constitucional, é imperiosa a preservação do núcleo fundamental delimitado naquela norma. Qualquer tentativa de abolir os princípios essenciais do texto constitucional deve ser rechaçada pelo Supremo Tribunal Federal.

É certo que, como registra a orientação jurisprudencial do STF, “as limitações materiais ao poder constituinte de reforma, que o art. 60, § 4º, da Lei fundamental enumera, não significam a intangibilidade literal da respectiva disciplina na Constituição originária, mas apenas a proteção do núcleo essencial dos princípios e institutos cuja preservação nelas se protege”.⁴

A respeito do princípio da divisão funcional de poder como cláusula pétrea, pondera GILMAR MENDES inexistirem “dúvidas de que alterações substanciais na sistemática da divisão funcional de poderes estabelecida pela Constituição não se mostram apta a se realizar pelo processo de emenda ou revisão da Constituição”.⁵

A determinação de que os ministros do Supremo Tribunal e dos Tribunais Superiores passem por nova aprovação do Senado Federal, após ocuparem o cargo, ou seja, após já integrarem o Judiciário, afronta patentemente o princípio da independência daquele

3 SARLET, Ingo W.; BRANDÃO, Rodrigo. Comentários ao art. 60, § 4º. In: CANOTILHO *et alii*. *Comentários à Constituição do Brasil*. Obra citada, p. 1.129.

4 STF. Plenário. ADI 2.024/DF. Rel.: Min. SEPÚLVEDA PERTENCE. 3/5/2007, un. DJ, 22 jun. 2007.

5 MENDES, Gilmar Ferreira. Os limites da revisão constitucional. In: *CADERNOS DE DIREITO CONSTITUCIONAL E CIÊNCIA POLÍTICA* 21. p. 88.

poder, o que atinge o **núcleo de identidade** do princípio da divisão funcional de poder e desrespeita as limitações materiais impostas ao constituinte reformador, inscritas no art. 60, § 4º, III e IV, da Constituição da República.

INGO WOLFGANG SARLET, ao destacar a função do princípio de garantir equilíbrio harmônico entre os poderes, observa:

[...] a separação de poderes enquanto limite ao poder de reforma só pode ser compreendida mediante o cotejo das suas características essenciais com o tratamento concreto recebido num texto constitucional. A Constituição de 1988 caracteriza-se, neste particular, (i) pelo sistema de governo presidencialista, (ii) pela concessão, em caráter preferencial, das funções legislativa, executiva e judicial aos respectivos “poderes”, (iii) pela aplicação aos “poderes” e aos seus membros de autonomia, garantias e vedações destinadas ao livre exercício das suas funções, (iv) pela atribuição de funções atípicas aos “poderes”, e (vi) pelos mecanismos de controle mútuo. Essas características, associadas à independência dos poderes, não podem ser suprimidas por emenda constitucional, ainda que se admita que as normas que as constituem possam ser, pontualmente, alteradas ou suprimidas, desde que não se verifique, de forma direta ou oblíqua, um “monismo de poder”, ou seja, um fortalecimento ou um enfraquecimento desmedido de um “poder”, criando-se uma relação de subordinação entre os poderes onde deveria haver vínculo de coordenação harmônica.⁶

As garantias e vedações da magistratura, inscritas no art. 95 da Constituição da República, almejam, em última análise, assegurar independência e imparcialidade aos órgãos judiciais, objetivo alinhado à concepção de Estado Democrático de Direito.

6 SARLET, Ingo W.; BRANDÃO, Rodrigo. Comentários ao art. 60, § 4º. In: CANOTILHO *et alii*. *Comentários à Constituição do Brasil*. Ob. cit., p. 1.134. Sem destaques no original.

Consoante JOSÉ ADÉRCIO LEITE SAMPAIO, “a independência do Judiciário configura, primeiro, pressuposto para a limitação efetiva dos poderes e garantia dos direitos. Sem essa prerrogativa de Poder [...], o Judiciário não poderia exercer livremente o controle de constitucionalidade e de legalidade dos atos do governo, comprometendo seriamente o Estado de Direito e, com eles, as liberdades”.⁷

Para HAMILTON, a independência do Judiciário é elemento essencial ao sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*). Em seu mais brilhante ensaio (o 78), em que trata dos juízes como guardiães da Constituição, registra ser necessário a esse sistema que os juízes detenham “*lifetime tenure*” (vitaliciedade):

Aceitando, então, que as cortes de justiça devem ser consideradas baluartes de uma Constituição limitada, opondo-se às usurpações do legislativo, disponemos de um forte argumento em favor da estabilidade nos cargos judiciais, uma vez que nada contribuirá tanto para a sensação de independência dos juízes – fator essencial ao fiel desempenho de suas árduas funções.

Essa independência dos juízes é igualmente necessária à defesa da Constituição e dos direitos individuais [...].⁸

7 SAMPAIO, José Adércio Leite. *O Conselho Nacional de Justiça e a independência do Poder Judiciário*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 117.

8 HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. *O federalista: um comentário à Constituição Americana*. Trad. Heitor Almeida Herrera. Brasília: Universidade de Brasília, 1984, p. 576-580. Sem destaques no original. No original: “*If, then, the courts of justice are to be considered as the bulwarks of a limited Constitution against legislative encroachments, this consideration will afford a strong argument for the permanent tenure of judicial offices, since nothing will contribute so much as this to that independent spirit in the judges which must be essential to the faithful performance of so arduous a duty. This independence of the judges is equally requisite to guard the Constitution and the rights of individuals from the effects of those ill humors [...]*”.

Segundo JOSÉ AFONSO DA SILVA, a independência dos poderes pode ser apreciada sob essas três perspectivas: “(a) que a investidura e a permanência das pessoas num dos órgãos do governo não dependem da confiança nem da vontade dos outros; (b) que, no exercício das atribuições que lhes sejam próprias, não precisam os titulares consultar os outros, nem necessitam de sua autorização; (c) que, na organização dos respectivos serviços, cada um é livre, observadas apenas as disposições constitucionais e legais”.⁹

UADI LAMMÊGO BULOS, em relação aos limites de reforma constitucional atinentes à independência do Judiciário, adverte “nunca ser demasiado reiterar que as garantias do Poder Judiciário configuram cláusula imodificáveis (art. 60, § 4º)”.¹⁰

Ainda que as garantias da magistratura sejam consideradas predados relativos, por não admitir o sistema constitucional brasileiro direitos ou garantias absolutos, não há como deixar de reconhecer o núcleo essencial dessas garantias como intangível à mão do legislador constituinte derivado. Da análise das concepções expostas acima, já se percebe que a tentativa de submeter juízes a novo escrutínio político (portanto, essencialmente discricionário) do Legislativo atinge o cerne da garantia de independência dos juízes, com o que, a um só tempo, maltrata radicalmente a divisão funcional dos poderes e garantia inalienável dos cidadãos.

9 SILVA, José Afonso da. *Comentário à Constituição*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 46.

10 BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal anotada*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 952.

O Supremo Tribunal Federal, ao julgar ação direta de inconstitucionalidade envolvendo norma de constituição estadual que criava modalidades de cessação da vitaliciedade na magistratura, assentou, nessa linha teórica, em conformidade com o voto do relator, o Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, que a vitaliciedade, como garantia de independência judicial, consubstancia cláusula pétrea e, portanto, não pode ser alterada, em sua conformação constitucional, pelo constituinte reformador. Sustentou o ministro:

Sob esse prisma, ascende a discussão ao nível de um dos verdadeiros princípios fundamentais da Constituição, o dogma intangível da separação dos poderes (CF, art. 2º e 60, § 4º, III). Com efeito, é patente a imbricação entre a independência do Judiciário e a garantia da vitaliciedade dos juízes. A vitaliciedade é penhor da Justiça e externamente – no que se reflete sobre a independência do Poder que integra frente aos outros Poderes do Estado.

Desse modo, a vitaliciedade do juiz integra o regime constitucional brasileiro de separação e independência dos Poderes.

[...].

Dado que o Judiciário é, por excelência, um Poder de controle dos demais Poderes – sobretudo nos modelos positivos de unidade e universalidade da jurisdição dos Tribunais, como o nosso – parece incontestável, contudo, que a vitaliciedade ou outra forma similar de salvaguardar a permanência do Juiz na sua função será, em cada ordem jurídica considerada, marca característica da sua tradução positiva da independência dos poderes.

[...]

Certo, no modelo brasileiro, a vitaliciedade é relativa, cessando a investidura, afora a hipótese de invalidez, aos setenta anos de idade, por força da regra constitucional da aposentadoria compulsória.

Daí não se segue, entretanto, que ao legislador subordinado à Constituição Federal – incluído o titular do poder constitu-

inte instituído dos Estados – possa criar outras modalidades de cessação da investidura vitalícia: as únicas hipóteses previstas na Lei Fundamental – a invalidez e a idade limite – inerem ao estatuto constitucional da vitaliciedade, quais únicas modalidades admissíveis de cessação compulsória da estabilidade no cargo e na função do titular da garantia.

Acrescer-lhes outros casos de inatividade obrigatória é, por tudo isso, afrontar o art. 95, I, que de modo exaustivo os prescreve, e, via de consequência, os arts. 2º e 60, § 4º, III, da Constituição, que erigem a separação e a independência dos poderes a princípio constitucional intangível pelo constituinte local.¹¹

A previsão da parte final do art. 100 do ADCT, incluído pela EC 88/2015, atinge todos os aspectos da independência do Judiciário apontados acima e interfere indevida e ilegitimamente nas garantias funcionais da magistratura, consolidadas na Constituição da República com o intuito primordial de garantir independência e imparcialidade aos órgãos judiciais.

O Deputado LUIZ ANTÔNIO FLEURY, ao proferir voto contrário à manutenção da expressão, consignou: (i) ser a arguição restrita à aprovação prévia de cidadãos para ingressar em tribunais, não podendo ser ampliada sem violar a harmonia dos poderes; (ii) ter o constituinte reformador confundido critério de acesso a cargo com condicionantes de aposentadoria ou continuidade neste; (iii) afrontar a nova sabatina garantias da magistratura, especialmente a vitaliciedade (embora também, como se disse, a independência); e (iv) traduzir a exigência fragilização do Poder Judiciário, inclusive quanto à imparcialidade, “já que o interessado em permanecer no cargo ficaria refém de interesses político-partidários, po-

¹¹ STF, Plenário. ADI 98/MT. Rel.: Min. SEPÚLVEDA PERTENCE. 7/8/1997, un. DJ, 31 out. 1997; RTJ, v. 188, p. 394.

dendo redundar comprometimento da liberdade e independência do magistrado”.¹²

O requisito atacado abala o arquétipo constitucional do princípio da divisão funcional de poder, ao subordinar membros da cúpula do Judiciário ao Legislativo, e pode comprometer, de forma substancial, as garantias de independência e imparcialidade do Poder Judiciário.

Adverte JOSÉ ADÉRCIO LEITE SAMPAIO que “mesmo a garantia constitucional de independência orgânica e funcional do Judiciário não é certeza de independência de fato, especialmente devido às nomeações dos Tribunais Superiores serem feitas por arranjos políticos entre Executivo e Legislativo, sem participação efetiva da sociedade”.¹³ Isso nem sempre ocorre e não se pretende questionar o modelo de nomeação que a Constituição delinea, mas, tão somente, repudiar a submissão indevida de um poder a outro, em patamar que atinge gravemente o arcabouço constitucional de garantias do exercício independente da função jurisdicional.

Em artigo recente, ao discorrerem sobre a inconstitucionalidade da exigência de nova arguição e aprovação de Ministros do Supremo Tribunal Federal, dos Tribunais Superiores e do TCU pelo Senado Federal, destacam, acertadamente, BRUNO BODART e CARLOS EDUARDO FRAZÃO:

12 Declarações extraídas de voto proferido pelo deputado ao apreciar a PEC 457/2015, na Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados, reproduzidas na peça 15 do processo eletrônico.

13 SAMPAIO, *O Conselho Nacional de Justiça e a independência do Poder Judiciário*. Ob. cit., p. 121.

Um juiz independente, em qualquer leitura constitucional adequada, não pode estar sujeito à avaliação discricionária e ao alvedrio de quem quer que seja para a sua manutenção ou retirada do cargo. O ato de julgar, por natureza, desperta antipatias e paixões diversas, decorrentes dos interesse envolvidos na causa. O julgador não pode *depende*r da aprovação política dos membros de outros Poderes para permanecer na magistratura, porque a própria Constituição exige que ele seja independente, como conteúdo indissociável da separação entre os Poderes.¹⁴

A parte final do art. 100 do ADCT, portanto, cria inconstitucional subordinação do Judiciário ao Legislativo, em evidente descompasso com o princípio da divisão funcional do poder. A alteração constitucional ultrapassa o sistema de freios e contrapesos e compromete, em substância e essência, a própria independência do Judiciário, a qual, segundo KRIELE, “é mais importante que o catálogo de direitos fundamentais contidos na Constituição”, pois, sem independência judicial, esse catálogo “não passará de uma mera declaração de intenções”.¹⁵

Conquanto não integrem o Judiciário, tal conclusão aplica-se aos membros do Tribunal de Contas da União, porquanto a independência funcional destes representa, em última análise, direito que assiste a todo cidadão e à própria coletividade de que verbas públicas e contas dos seus gestores sejam corretamente fiscalizadas

14 BODART, Bruno; FRAZÃO, Carlos Eduardo. *Da bengala ao funeral: um réquiem da independência do Judiciário brasileiro*. Disponível em: < <http://zip.net/bdrhrK> > ou < <http://www.conjur.com.br/2015-mai-11/bengala-funeral-requiem-independencia-judiciario> >. Acesso em: 18 maio 2015.

15 KRIELE, Martin. *Introdução à Teoria do Estado: os fundamentos históricos da legitimidade do Estado Constitucional Democrático*. Trad. Urbano Carvelli. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2009, p. 149-160.

por órgão incumbido desse relevantíssimo encargo: preservação do patrimônio material, ético e moral do poder público.

A atuação dos membros da corte de contas da União não deve sofrer interferências ilegítimas que comprometam a essência de sua independência técnica na apuração de ilícitos na gestão do dinheiro público e do adequado funcionamento da administração federal. Órgão de controle passível ele próprio de controle discricionário em função de seu exercício regular é paradoxo incompatível com o Estado Democrático de Direito e com o princípio republicano, os quais, como valores fontes do ordenamento constitucional brasileiro, integram, indubitavelmente, o núcleo imutável da Constituição da República, ainda que não expressamente previstos no art. 60, § 4º, da Carta Política.

Portanto, é inconstitucional, também, a sujeição dos membros do Tribunal de Contas da União a exigência de nova arguição pública e votação secreta pelo Senado da República.

II.2 IMPOSSIBILIDADE DE EXTENSÃO DE NORMA TRANSITÓRIA ESPECÍFICA E RESERVA DE LEI COMPLEMENTAR DE INICIATIVA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Em petição de 13 de maio, as requerentes noticiam que, após a EC 88/2015, foram ajuizadas ações objetivando extensão do art. 100 do ADCT aos demais membros da magistratura. Formulam aditamento da petição inicial para que o Supremo Tribunal Federal confira interpretação conforme a Constituição àquela norma, a fim de estabelecer que o artigo não abrange membros dos tribunais

de segundo grau até que se edite lei complementar e que a lei complementar mencionada na emenda constitucional, quanto à magistratura judicial, é de iniciativa do Supremo Tribunal Federal (peças 15 e 28).

Os aditamentos à petição inicial devem ser acolhidos, e os pedidos, julgados procedentes.

Conforme se analisou, a EC 88/2015 modificou o art. 40, § 1º, II, da Constituição da República e alterou o limite de idade para aposentadoria compulsória de servidores públicos. Passou a admitir não apenas aposentadoria aos 70 anos de idade, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição, mas também aposentadoria aos 75 anos, na forma de lei complementar.

Parece evidente que o preceito da parte final do art. 40, § 1º, II, da CR possui caráter de norma constitucional de eficácia limitada, isto é, a aposentadoria compulsória aos 75 anos de idade para juízes e outros servidores depende da edição de lei complementar. Tanto é assim que o constituinte derivado editou norma transitória, com previsão de aplicação imediata do novo limite de idade para aposentadoria compulsória especificamente para Ministros do STF, dos Tribunais Superiores e do TCU (art. 100 do ADCT).

Extensão da aposentadoria compulsória aos 75 anos de idade aos demais membros da magistratura é incontornavelmente incompatível com o art. 100 do ADCT e com o art. 40, § 1º, II, da CR, pois, da interpretação sistemática de ambos resulta nítido

que a aplicação imediata da aposentadoria compulsória alcança apenas os cargos expressamente descritos na norma transitória. Para o restante da magistratura judiciária, a nova regra valerá somente após disciplina pela lei complementar respectiva.

O art. 100 do ADCT, como norma de caráter transitório, possui aplicação excepcional e restrita aos membros do Judiciário que indica, sendo incabível extensão imediata do novo limite etário de aposentadoria compulsória aos demais magistrados. A propósito, de acordo com INGO W. SARLET, as disposições do ADCT possuem, ao menos, um dos seguintes objetivos:

Em síntese, quanto ao conteúdo do ADCT, é possível afirmar que este inclui tanto disposições estabelecidas pelo poder constituinte, quanto pelo poder de reforma constitucional. Tais disposições podem atender pelo menos a três objetivos: (a) operar como direito transitório, regulando situações em caráter provisório e viabilizando a transição de um regime jurídico para outro; (b) excepcionar alguma regra geral do corpo permanente da Constituição; (c) regular temas concretos por prazo determinado, portanto, sem a pretensão de permanência das normas contidas no corpo permanente.¹⁶

Ao art. 100 do ADCT aplicam-se o segundo e o terceiro objetivos *supra*, ou seja, constitui, ao mesmo tempo, exceção à regra de que aposentadoria compulsória aos 75 anos ocorrerá na forma da lei complementar e regula situação específica de permanência dos ministros do STF, TCU e Tribunais Superiores que, antes da edição da lei complementar, vierem a implementar 70 anos. Por

16 SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 83.

esse motivo, em relação a estes, o art. 100 do ADCT, ao contrário da regra do art. 40, § 1º, II, da CR, afastou aposentadoria compulsória aos 70 anos e dispôs, categoricamente: “aposentar-se-ão, compulsoriamente, aos 75 ([...]) anos de idade”.

Essa previsão, conquanto estabeleça critério distintivo entre ministros do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores em relação aos demais juízes, não encerra violação ao caráter nacional ou à estrutura unitária do Poder Judiciário, uma vez que, após edição da lei regulamentadora, a aposentadoria compulsória aos 75 anos de idade poderá alcançar a totalidade dos membros da magistratura e dos membros do Ministério Público, na forma do art. 129, § 4º, da CR.¹⁷ A distinção promovida pelo art. 100 do ADCT é excepcional e provisória, de maneira que a imediata aposentadoria compulsória aos 75 anos de idade não pode ser entendida aos demais magistrados.

De todo modo, impõe-se acentuar que o caráter nacional e unitário do Judiciário não significa atribuição de tratamento absolutamente idêntico a todos os seus integrantes. Distinções existem no próprio texto constitucional,¹⁸ fundadas em fatores

17 “Art. 129. [...]”

§ 4º. Aplica-se ao Ministério Público, no que couber, o disposto no art. 93. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)”.

18 Distinguem-se, por exemplo: (i) requisitos para ingresso na magistratura em relação processo político de escolha dos ministros do STF e Tribunais Superiores; (ii) vitaliciedade que para ministros do STF e Tribunais Superiores é imediata, enquanto para os demais magistrados depende da permanência por dois anos no cargo; (iii) sistema remuneratório, que é escalonado a partir do subsídio dos ministros do STF; (iv) critério etário mínimo e máximo para nomeação de ministros, enquanto para ingresso na magistratura judicial inexistente tal limitação, entre outros.

discriminatórios que guardam pertinência com as funções inerentes às diferentes esferas de atuação do Judiciário. Se este é uno,¹⁹ a divisão racional do exercício da jurisdição representa multiplicidade de facetas de organização institucional e política desse poder, que fundamentam distinções entre seus integrantes.

De acordo com entendimento do Supremo Tribunal reproduzido em diversos julgados e consignado no acórdão da medida cautelar na ADI 644/AP, relatoria do Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, “[...] o alcance de normas constitucionais transitórias há de ser demarcado pela medida de estrita necessidade do período de transição, que visem a reger, de tal modo a que, tão cedo quanto possível, possa ter aplicação a disciplina constitucional permanente da matéria”.²⁰

A norma do art. 100 do ADCT, pela sua própria natureza excepcional e transitória, somente pode ser interpretada restritivamente, não se admitindo sua extensão para além dos membros de tribunais a que norma explicitamente remete, seja com base no princípio da unicidade do Poder Judiciário, seja por aplicação da simetria imposta pelo próprio art. 75 do corpo permanente da lei fundamental.

Portanto, deve dar-se interpretação conforme a Constituição ao art. 100 do ADCT, incluído pela EC 88/2015, para o fim de

19 CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pelegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 166.

20 STF Plenário. Medida cautelar na ADI 644/AP. Rel.: Min. SEPÚLVEDA PERTENCE. 4/12/1991, un. *DJ*, 21 fev. 1992; *RTJ*, v. 139, p. 78.

excluir qualquer interpretação que estenda aplicação imediata da aposentadoria compulsória aos 75 anos de idade a quem não foi expressamente indicado pela norma transitória.

Deve igualmente emprestar-se interpretação conforme ao art. 40, § 1º, II, *in fine*, da CR, incluído pela EC 88/2015, a fim de reconhecer que a lei complementar regulamentadora da aposentadoria compulsória aos 75 anos de idade, para juízes, é o Estatuto da Magistratura Judicial a que alude o art. 93, *caput*, da Constituição, cuja iniciativa pertence ao Supremo Tribunal Federal.

Embora a norma do art. 40, § 1º, II, da CR disponha sobre aposentadoria compulsória de servidores públicos em geral, o art. 93, *caput* e VI, define a aposentadoria de juízes como princípio a ser obrigatoriamente incorporado à lei complementar de iniciativa do STF que disporá sobre o estatuto da magistratura.

Por conseguinte, temas atinentes à permanência na magistratura, entre as quais se incluem hipóteses taxativas de aposentadoria compulsória, são matérias inerentes a esse estatuto, sujeitas à reserva de lei complementar nacional de iniciativa exclusiva do Supremo Tribunal:

[...] A norma inscrita no art. 93 da Constituição Federal estabelece que lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os princípios e regras que enumera. Esses princípios, em sua maioria, estabelecem critérios objetivos re-

ferentes ao ingresso na Magistratura e ao desenrolar da carreira judiciária, até a aposentadoria.[...].²¹

Conquanto o art. 93,VI, da CR – norma de eficácia plena e aplicabilidade imediata – estabeleça que a aposentadoria dos magistrados deverá observar o art. 40 da Constituição, não há como deixar de reconhecer que a matéria relativa à permanência no cargo e na carreira judiciária constitui tema próprio do estatuto da magistratura, ligado à reserva de lei complementar nacional que se apontou.

Ainda que a lei complementar referida na parte final do art. 40, § 1º, II, da CR, na redação da EC 88/2015, venha a ter reflexo direto na magistratura judicial por força do comando autoaplicável do art. 93,VI, a disciplina da aposentadoria compulsória não perde sua conotação de matéria inerente ao estatuto da magistratura.

Ademais, assim como a aposentadoria especial do art. 40, § 4º, a lei complementar regulamentadora da aposentadoria compulsória aos 75 anos de idade para a generalidade dos servidores públicos deverá possuir caráter nacional,²² sobretudo por alcançar servidores públicos de todas as esferas de poder em todos Estados da Federação e no Distrito Federal. Não podem leis complementares estaduais, nesses termos, cuidar dessa aposentadoria compulsória, a pretexto

21 STF. Plenário. Medida cautelar na ADI 189/RJ. Rel.: Min. CELSO DE MELLO. 18/4/1990, un. *DJ*, 18 maio 1990; *RTJ*, v. 132, p. 66.

22 STF. Plenário. Repercussão geral no recurso extraordinário 797.905/SE. Rel.: Min. GILMAR MENDES. 15/5/2014, un. *DJe* 102, 29/5/2014.

de regulamentar o art. 40, § 1º, II, da Constituição, na nova redação.

III MEDIDA CAUTELAR

A concessão da cautelar é medida que se impõe.

O sinal do bom direito (*fumus boni iuris*) está suficientemente caracterizado pela plausibilidade jurídica dos pedidos, apoiados que estão nos argumentos deduzidos nesta manifestação e em vasta doutrina e precedentes do Supremo Tribunal Federal.

O perigo na demora processual (*periculum in mora*) decorre de que, caso não imediatamente suspensa a eficácia da expressão “nas condições do art. 52 da Constituição Federal” ou caso não limitado o alcance da norma do art. 100 do ADCT, há, por um lado, possibilidade iminente de sujeição de membros da cúpula do Judiciário à exigência indevida de nova arguição e votação no Plenário do Senado e, de outro, abre-se margem para que juízes não abrangidos pelo art. 100 do ADCT obtenham decisões judiciais autorizando permanência no cargo mesmo após a idade limite para aposentadoria compulsória aos 70 anos – o que já vem ocorrendo, aliás.

Há, ainda, possibilidade de os Estados-membros e o Distrito Federal editarem leis complementares a fim de regulamentar a parte final do art. 40, § 1º, II, da Constituição da República.

Por conseguinte, há premência em que essa Corte conceda medida cautelar para suspender, com eficácia para todos (*erga omnes*) e efeito vinculante, a eficácia da expressão “nas condições do art. 52 da Constituição Federal” e conferir interpretação conforme a Constituição à EC 88/2015, de modo que, enquanto não regulamentada a aposentadoria compulsória de juízes aos 75 anos de idade, por lei complementar nacional de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, não é possível extensão da nova regra aos demais membros do Judiciário.

IV CONCLUSÃO

Ante o exposto, opina o Procurador-Geral da República pela concessão da medida cautelar.

Requer nova vista dos autos, após o processamento devido da ação, para reexaminar o tema com mais profundidade, se for o caso, no que se refere à apreciação da matéria central do processo.

Brasília (DF), 19 de maio de 2015.

Rodrigo Janot Monteiro de Barros

Procurador-Geral da República